

THÈSE DE
PARIS,
1884.
N^o. 50.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DE
LA PROCÉDURE

DEVANT LES QUÆSTIONES PERPETUÆ
EN DROIT ROMAIN

DE
LA CONDITION JURIDIQUE

DES ALSACIENS-LORRAINS
EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

HENRI GILBRIN

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT, ET RUE TOULLIER, 13

1884

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

CHATEAURoux. — TYP. ET STÉRÉOTYP. A. MAJESTÉ.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DE
LA PROCÉDURE
DEVANT LES QUÆSTIONES PERPETUÆ
EN DROIT ROMAIN

DE
LA CONDITION JURIDIQUE
DES ALSACIENS-LORRAINS
EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS SERA SOUTENU

Le Jeudi 24 Avril 1884, à 4 heures

PAR

HENRI GILBRIN

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

Président: M. RENAULT, professeur

SUFFRAGANTS :	{	MM. DUVERGER	{	Professeurs
		JALABERT		
		ESMEIN		Agrégés
		MICHEL HENRY		

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT, ET RUE TOULLIER, 13

1884





Digitized by the Internet Archive
in 2026

DROIT ROMAIN

DE LA PROCÉDURE

DEVANT LES QUÆSTIONES PERPETUÆ

En la justice, la formalité y est si nécessaire, qu'on n'y saurait se dévoyer tant soit peu, y laisser et obmettre la moindre forme ou solennité requise que tout l'acte ne vint incontinent à perdre le nom et surnom de justice, prendre et emprunter celui de force, de machination, voire même de cruauté ou tyrannie toute pure, la raison est parce que justice n'est quasi proprement autre chose que formalité et cérémonie, car l'ombre ne peut point être tant sans le corps, ny le feu sans fumée que la justice sans ses formalités et mystères. Mais ainsi que l'arithmétique n'est pas la chose nombrée mais le nombre, aussi la justice n'est pas ce qui est dict et distribué à chacun (ce n'est que l'œuvre) mais la forme, la manière et façon de distribuer.

(PIERRE AYRAULT).

INTRODUCTION

Le droit criminel n'apparaît pas dans les premiers siècles de Rome avec un caractère précis et des lignes bien arrêtées. Avec les textes fort rares que nous possédons, textes empruntés aux orateurs et aux historiens, il est difficile de reconstituer entièrement le mécanisme de la juridiction répressive.

C'est seulement au VII^e siècle de Rome que se dessine

tout à fait le droit criminel ; l'institution des *quæstiones perpetuæ* fait disparaître l'arbitraire qui existe sur tant de points, car pour chaque crime la *lex constitutive* de la *quæstio* détermine la procédure à suivre et la peine à infliger.

Nous rechercherons les causes qui ont introduit des modifications si importantes dans le droit primitif et contribué à l'établissement des commissions permanentes ; après avoir étudié en détail le fonctionnement des *quæstiones*, nous indiquerons les raisons politiques qui ont entraîné leur disparition.

« Il ne faut pas se méfier de l'intérêt que peut présenter une organisation judiciaire que l'on suppose s'être prêtée aux cruautés d'un Tibère, aux fureurs d'un Caligula. L'époque de servitude et d'avilissement condamnée à subies ces princes détestables ne nous présente en effet qu'une législation pénale déshonorée par le despotisme et bien différente de celle qu'avaient vue les beaux temps de Rome ; mais on y trouve encore, avec d'utiles leçons, les vestiges des institutions jadis protectrices de la liberté des citoyens, alors détournées de leur sens primitif et l'on peut mesurer l'importance de ces formes autrefois si respectées par les efforts que faisaient certains empereurs pour les dénaturer ou les détruire¹ ».

Sous la république, il faut distinguer deux périodes pour l'étude du droit criminel ; de 245 à 605 les consuls, le sénat, le peuple se partagent la juridiction repressive, de 605 à l'empire presque tous les procès criminels tendent à se centraliser devant les tribunaux permanents.

Avant de concentrer toute notre attention sur les quæs-

1. Voir Picquet-Damesme sur Walter, p. 7.

tiones perpetuæ, nous voulons rappeler qu'à côté de cette juridiction subsistaient des pouvoirs dans les attributions desquels rentrait la répression de certains délits.

Les consuls, les préteurs et tous les magistrats qui avaient l'imperium conservèrent le droit de prononcer des peines corporelles modérées, d'envoyer les coupables en prison et d'infliger des amendes dans la mesure légale « in jus vocari non oportet, neque consulem, neque præfectum, neque prætorem, neque proconsulem, neque cæteros magistratus, qui imperium habent, qui coercere aliquem possunt et jubere in carcerem duci ¹ ».

Les censeurs, les édiles participent à l'administration de la justice criminelle. Institués en 340, pour faire les opérations du cens dont les consuls trop affairés ne peuvent s'occuper, les censeurs avec des attributions en apparence fort modestes exercent en réalité une influence considérable, ils peuvent changer les sénateurs de classe ainsi que les chevaliers et noter les citoyens. Ces notes censoriales n'ont point un caractère infamant et un citoyen frappé par la censure peut devenir censeur lui-même. Aulu-Gelle rapporte que les censeurs P. Scipion Nasica et M. Popilius passant la revue des chevaliers, en remarquèrent un dont le cheval était maigre et en mauvais état, tandis qu'il était lui-même gras et brillant de santé. « D'où vient, disent ces magistrats que tu es en meilleur état que ton cheval ? C'est que je me soigne moi-même, répondit-il et que c'est Statius, un mauvais drôle d'esclave, qui prend soin de mon cheval » cette réponse paraissant peu respectueuse, le chevalier est relégué dans la classe des citoyens privés du droit de suffrage ².

1. Ulpien, loi 2 De in jus vocando. *Dig.*

2. *Nuits attiques*, livre IV, chap. xx.

Laisser ses champs en friche, ne pas y donner tous les soins nécessaires, ne les labourer ni les nettoyer, négliger ses arbres, ses vignes, étaient à Rome des faits qui privaient le coupable du droit de suffrage.

Les arrêts de la censure sont absolus, sans appel, et n'ont pas besoin d'être motivés publiquement, mais il faut qu'ils émanent des deux censeurs : un censeur n'a de pouvoir individuel que pour noter son collègue. Les citoyens frappés par la censure conservent le droit d'appeler en justice, à ce sujet, les censeurs sortis de charge. Nous n'avons pas à faire ici l'historique de la censure, ni à détailler ses attributions relatives aux travaux publics, à la levée et à la répartition des impôts comme à l'administration du trésor public et à la surveillance des écoles, mais nous devons rappeler qu'elle disparaît sous Sylla, quand la corruption des mœurs devient telle qu'on ne peut découvrir aucun magistrat capable de refréner les passions publiques. César a pendant quelque temps le titre de préfet des mœurs, mais cette rénovation est de courte durée et le directeur perpétuel des mœurs créé par Auguste ne tarde pas à disparaître comme les censeurs et le préfet des mœurs ¹.

Les édiles ont aussi à remplir certaines fonctions administratives et judiciaires ; ils ont à réprimer les contraventions à la police des marchés et les fraudes relatives

1. Sous l'empire celui qui reçoit chez lui des comédiens est censé mettre de côté tout sentiment d'honneur. Comme le leno, le comédien est noté d'infamie légale, il en était autrement des athlètes et de ceux qui prenaient part aux fêtes du cirque. Cette supériorité accordée à toutes ces personnes sur les artistes dramatiques est un trait de mœurs singulier et qui atteste la dépravation des comédiens de cette époque.

Sur ce point Serrigny, *Droit public et administratifs des Romains*, II, n° 655.

aux poids et mesures. Ce ne sont pas seulement les actions criminelles, mais ce sont même les paroles inconsidérées que les lois de la république ont su punir. La fille du célèbre Appius Cecus, au sortir d'un spectacle, fut ballottée par le flux et le reflux de la multitude, lorsqu'elle fut sortie d'embarras elle se plaignit d'avoir été maltraitée « que me serait-il arrivé, dit-elle ; combien j'aurais été pressée avec plus de force et de violence si P. Claudius, mon frère, n'avait pas perdu dans un combat naval avec ses vaisseaux, un grand nombre de citoyens ? Certes j'aurais péri étouffée par la foule. Plût aux Dieux, que mon frère revint à la vie pour conduire une nouvelle flotte en Sicile et faire périr cette multitude qui m'a traitée si indignement. » C. Fundanius et T. Sempronius, édiles plébéiens lui infligèrent une amende de 25,000 as ¹.

Les châtimens et les amendes qu'un magistrat croyait devoir infliger pour le maintien de son autorité étaient prononcés sans aucune procédure et les amendes immédiatement assurées par la saisie d'un gage ².

Les triumviri capitales ont sur les esclaves et les gens de basse condition une autorité de répression d'une grande énergie.

Au delà d'un mille de Rome, les consuls reprennent tout leur pouvoir, les haches qui étaient enlevées à l'intérieur de la ville sont replacées dans les faisceaux, les consuls recouvrent une puissance illimitée qui leur est aussi nécessaire à l'armée qu'elle eût été dangereuse dans la cité.

Enfin à tout moment le sénat peut prononcer la formule solennelle : « Caveant consules ne quid detrimenti res-

1. Aulu-Gelle, *Nuits attiques* X, chap. vi.

2. Walter, *droit criminel des Romains* p. 110.

publica capiat » les consuls sont alors, comme s'ils étaient en dehors de l'enceinte de Rome investis des pouvoirs les plus étendus et le peuple s'incline toujours devant cette impérieuse nécessité commandée par le salut de la république ¹.

1. Il n'entre pas dans le cadre de cette étude de parler des tribunaux domestiques où le père peut-être juge et accusateur de son fils, le mari de sa femme, le maître de son esclave.

ÉTABLISSEMENT DES QUÆSTIONES PER PETUÆ

Les jurisconsultes classent les délits en *delicta privata* et *delicta publica* ; les premiers sont ceux qui sont jugés par le magistrat chargé de la juridiction dans la forme des procès civils et qui aboutissent comme ces derniers à une condamnation pécuniaire ; les seconds au contraire donnent lieu à une procédure bien différente et ont pour résultat d'infliger une peine au condamné.

Les *delicta privata* sont au nombre de quatre. Gaius nous les indique « transeamus nunc ad obligationes, quæ ex delicto oriuntur, veluti si quis furtum fecerit, bona rapuerit, domnum dederit, injuriam commiserit ¹ ».

Dans les premiers temps de la république on rangeait parmi les *delicta publica* : le parricidium ou meurtre et le crime de perduellio ; une classification plus étroite de délits était inutile, car les comices qui avaient alors le jugement des affaires criminelles ne pouvaient être liés par les textes. Souvent à cette époque le peuple et le sénat qui se partageaient le pouvoir judiciaire déléguaient l'examen de certaines affaires à des commissaires spéciaux. Ainsi Tite-Live rapporte la nomination par le sénat de quæstores dont la mission est de dévoiler les conjurations clandestines (affaire des Bacchanales) ². A la suite du procès fait aux

1. Gaius, III, 182.

2. Tite-Live, 39, 6.

principaux conjurés le sénat abolit les bacchanales en 566 ¹.

Le procédé de délégation à des commissaires, si commode puisqu'il permet de confier l'examen des procès à ceux que leur capacité et leur honorabilité rendent dignes de la confiance du sénat ou des comices, devient de plus en plus indispensable à mesure qu'à l'immense accroissement de la population se joint nécessairement l'accroissement proportionné du nombre des crimes. Le peuple ne peut désormais se réunir chaque jour pour statuer sur les accusations qui lui sont déferées, et son rôle de législateur doit suffire à le convaincre désormais que sa souveraineté n'est point un vain titre.

Peu à peu en développant ce système de délégation et en l'appliquant aux crimes les plus graves, on arrive à former une théorie criminelle à laquelle notre législation moderne a emprunté beaucoup d'idées et qui sur plusieurs points lui est préférable.

C'est en l'an 605 qu'on voit apparaître la première *quæstio perpetua*, instituée par la *lex Calpurnia repetundarum* votée sur la proposition des tribuns Cæcilius et Calpurnius Piso pour réprimer le crime de concussion « *quæstiones perpetuæ hoc adolescente constitutæ sunt quæ antea nullæ fuerunt. L. Piso tribunus plebis, legem primus de pecuniis repetundis, Censorino et Manilio consulibus tulit* » Par suite des immenses conquêtes faites depuis un siècle par les armées romaines les concussions des magistrats avaient pris un développement effrayant au point de devenir un danger réel pour la chose publique. Le Sénat avait à la vérité le devoir de protéger les alliés, et les magistrats

1. Le sénatus-consulte abolissant les bacchanales a été trouvé par Cigala, à Tiriolo dans la Calabre, en 1640.

2. Cicero, *de claris oratoribus*, 27.

avaient le droit de poursuivre les coupables, mais d'après ce que nous savons de la corruption qui, vers ce temps, régnait parmi la noblesse, on ne peut s'étonner de la honteuse indulgence que le Sénat montrait habituellement dans la répression des crimes qui lui étaient déférés.

Autrefois les peregrini ou sujets de l'empire non citoyens romains n'étaient pas capables d'intenter une action criminelle, on les réduisait en cas de concussion des gouverneurs de province à faire valoir leurs plaintes devant le Sénat par l'intermédiaire d'un patron. La loi Calpurnia permit aux socii de porter leur action directement devant la quæstio instituée par cette loi pour ces crimes. La loi Servilia de repetundis alla plus loin en déclarant citoyen romain le provincial qui avait fait condamner un magistrat prévaricateur.

« Sur le mode et la forme de la réclamation, cette loi ne contenait aucune règle, mais le Sénat, pour répondre à l'esprit du législateur, établit une commission permanente pour l'examen de toutes les actions venant des provinces à la suite de la loi ; c'est-à-dire qu'il détermina un magistrat, qui d'après les propositions et les récusations des parties, pouvait toutes les fois que cela était nécessaire, constituer un tribunal ou cour d'assises. La forme de la procédure demeura la même que celle usitée précédemment devant les recuperatores, le but de la poursuite n'étant pas une peine mais seulement la restitution des deniers irrégulièrement touchés¹ ».

Successivement vont être établies d'autres quæstiones : la lex Maria de ambitu contre les brigues employées pour obtenir les magistratures, la lex de peculatu contre le vol

1. V. Zumpt traduit par M. Humbert. — *Recueil de l'académie de législation de Toulouse*, 1873, p. 417.

ou le détournement des deniers publics, ces deux lois votées en 635.

La *lex Apuleia* (652) contre tous les actes attentatoires à la sûreté ou à la majesté du peuple, etc., etc.

Ces créations fréquentes de *quæstiones* nous montrent combien était appréciée cette innovation et laissent supposer qu'on n'avait qu'à se louer de leur fonctionnement.

Les *quæstiones* ne sont que le développement de l'idée qui a présidé à l'établissement des commissions temporaires, on généralise la substitution d'un petit nombre des juges aux grandes assemblées des *comices*. On leur doit ce grand résultat de fixer le droit criminel et de le faire sortir de l'arbitraire et de l'incertitude dans lesquels il se cantonnait nécessairement puisque le peuple auparavant chargé d'appliquer les peines était tout à la fois législateur et juge; les Romains ne connaissaient point la théorie moderne de la séparation des pouvoirs. Du jour de l'institution d'une *quæstio*, aucun doute ne peut plus subsister sur sa compétence, le crime qu'elle doit réprimer, la procédure qu'elle suivra et le châtimement à infliger. Chacune des lois constitutives des *judicia publica* formait un petit code à part ayant sa procédure spéciale.

Il ne faut point se méprendre sur la signification du mot « *perpetua* » si le peuple abdique son pouvoir judiciaire entre les mains de commissaires qui jouissent pour cette seule délégation de pouvoirs aussi étendus que lui, cela ne dénote point l'inamovibilité des commissaires; le tribunal est permanent, mais la délégation quant au personnel est tout à fait temporaire et dure seulement une année.

Plusieurs juridictions répressives coexistaient, les *quæstiones perpetuæ* pour les crimes qu'indiquaient les lois

constitutives et le sénat ou les comices pour les autres délits.

Les quæstiones se composaient d'un président et d'un certain nombre de judices ; le président de la quæstio est habituellement un préteur, aussi l'augmentation successive des quæstiones amena-t-elle la création de nouveaux préteurs, à l'époque de Cicéron il y en avait huit et encore étaient-ils insuffisants. A l'époque de la loi Calpurnia, il n'y avait que six préteurs. On imagina alors de recourir à *des judices quæstionis*. Certains auteurs ne veulent reconnaître dans le judex quæstionis qu'un simple officier dont le rôle est d'assister le préteur, ce qui vient corroborer cette opinion c'est le plaidoyer de Cicéron pour Cluentius où figurent simultanément Q. Naso regardé comme le préteur et Q. Voconius considéré comme le judex quæstionis.

D'autres personnes pensent que le préteur et le judex quæstionis ne sont qu'un seul et même individu sous deux noms différents. Nous n'inclinons pas de ce côté et nous pensons que le judex quæstionis est un personnage différent du préteur et qu'en l'absence de ce dernier c'est à lui qu'incombe la présidence de la quæstio, du reste nous possédons un texte de Marcien qui semble ne devoir laisser subsister aucun doute ; « præterea tenetur, qui homines necandi causa venerum confecerit, dederit ; quive falsum testimonium dolo malo dixerit, quo quis publico judicio rei capitalis damnaretur ; quive cum magistratus judexve quæstionis sub capitalem causam pecuniam acceperit, ut publicâ lege reus foret ¹ ».

Cette opinion est également appuyée par Ulpien dans la collatio legum mosaicarum « capite primo legis Corneliæ

1. *Digeste*, loi 151, XLVIII. titre VIII.

de sicariis cavetur: ut is prætor judexve quæstionis cui sorte obvenerit quæstio de sicariis ejus¹ ».

Zumpt adopte cette manière de voir « Les préteurs à ce désignés avaient la direction de la procédure devant le jury ; mais lorsqu'ils ne suffisaient pas, il y avait des judices quæstionis pour les suppléer. Ils étaient, en règle générale, du rang d'ædilicii, nommés par le sénat pour un an, et autorisés à remplacer le préteur pour certains procès². »

Dans le même texte nous voyons que les préteurs aussi bien que les judices quæstionis tirent au sort la question qu'ils doivent présider. Il n'y a aucun inconvénient à ce que deux quæstiones aient à leur tête le même préteur, à l'inverse il y a des quæstiones qui, à raison du grand nombre de crimes sur lequel elles doivent statuer, ont deux préteurs à leur tête pendant la même année,

C'est ainsi qu'en 688 et 702 il y eut deux préteurs pour la quæstio de sicariis et la quæstio de vi.

1. Titre I, chap. III, in. pr.

2. Voir Zumpt, Trad. de M. Humbert. *Recueil de l'académie de légis. de Toulouse* 1873, p. 448. (Dans le même sens, M. Laboulaye, p. 328).

PROCÉDURE DEVANT LES QUÆSTIONES PERPETUÆ

DU RÔLE DU QUÆSITOR

Le président de la quæstio doit surveiller les débats, maintenir dans leur rôle l'accusateur et le défenseur

« Accusatoris est officium inferre crimina. defensoris diluere et propulsare, testis dicere quæ sciat aut audierit, quæstoris unumquemque eorum in officio suo continere. »

On peut assimiler le quæsitör à un président de cour d'assises toutefois il en diffère en ce qu'il ne participe point au jugement du procès ; on ne peut cependant lui dénier une certaine influence, quand on voit Pompée, accusé et redoutant une condamnation épouser la fille du prêteur Antistius pour obtenir un acquittement. Le quæsitör doit rester spectateur impassible des débats engagés devant lui entre les témoins et les parties, il ne doit prendre la parole que pour maintenir l'ordre, mais laisser la direction à l'accusateur et aux patrons, ce sont eux qui vont successivement interroger les témoins.

Lorsque les plaidoiries seront terminées et que les témoins auront été entendus, le quæsitör devra veiller à ce que le vote ait lieu régulièrement « Postquam autem aut prima aut secunda actio perfecta fuit, tum uterque se

dixisse significavit, quo audito præco eos dixisse pronuntiavit prætor vero iudicibus tabellas et ut sententias ferrent in consilium misit. Mittere iudices in consilium est dimittere iudices ad sententiam dicendam ubi allegatis omnibus argumentis orator dixerit : dixi ¹. »

Souvent les quæitores ne remplissent pas scrupuleusement la mission qui leur est confiée ; pendant l'audience, chargés de veiller sur les urnes où les votes des iudices doivent être déposés, il arrive parfois qu'ils introduisent furtivement des tablettes qui modifieront le résultat du scrutin « hæc autem omnia quæitoris prudentia regebantur, si quidem scriptum est in rhetoricis ad Herennium custodiebat etiam urnas in tribunali paratas, sive ad sortes duendas, sive ad sententias iudicum quæ in tabellis scriptæ erant requirendas. » C'est aussi au quæitor qu'il appartient de proclamer la décision des iudices, les formules dont il se sert ne sont pas sacramentelles, elles doivent seulement faire connaître d'une manière non équivoque quelle est la pensée des juges, ce sont les suivantes qui sont le plus fréquemment employées : Videtur fecisse ou non videtur fecisse, jure videtur fecisse ou non jure videtur fecisse. A cette déclaration solennelle devra être jointe la sentence « addo illud in formula condemnationis non solum crimen commissum, sed etiam pœnam sumendam comprehensam esse exempli gratia. Videtur vim fecisse, atque eo nomine aqua et igni illi interdico : Videtur provinciam spoliasse atque eo nomine litem ei æstimandam esse » Mais les fraudes sont fréquentes, indépendamment des tablettes qui ont pu être introduites dans les urnes, le quæitor a pu faire figurer au nombre des iudices

1. Sigonius, *de judiciis publicis*, cap. XXII.

2. Sigonius *op. cit.*

des hommes qui n'ont point été tirés au sort, peut être même a-t-il prononcé une condamnation quand les judices avaient voté un acquittement. En présence des textes que nous possédons, il n'est malheureusement pas permis de douter de l'exactitude et de la fréquence de pareils procédés. La loi Cornelia de sicariis contient une disposition qui établit bien que nous n'avons point en vue de vaines hypothèses « lege Cornelia de sicariis et veneficiis teneatur... quive cum magistratus esset, publicove judicio præesset operam dedisset, quoquis falsum indicium profiteretur, ut quis innocens conveniretur condemnatur¹ ». Et ce ne sont pas seulement les juriconsultes qui nous attestent ces infamies mais même les profanes qui n'assistent pas régulièrement aux audiences.

Gratia fallaciis prætoris vicerit urnam improba quamvis².

DES JUDICES JURATI

A côté du préteur se trouvent les judices jurati, voilà les véritables juges du procès, ils assisteront aux débats et formuleront leur opinion par ces seuls mots : Absolvo, condemnno, non liquet.

Choisis d'abord parmi les sénateurs qui luttèrent longtemps pour conserver précieusement ce monopole qui leur conférait une influence prépondérante, les judices jurati grâce à la lex Sempronia rendue en 632 sous le tribunat de Caius Gracchus furent pris parmi les chevaliers.

D'un coup, dit le fougueux tribun, j'ai brisé l'orgueil et la puissance des nobles ; et comme la noblesse menace de

1. Ad legem Cornelian de Sicariis (loi 1, in prim.)

2. Juvénal, *Satire*, XIII, 4.

le poursuivre de sa vengeance, mais répondit-il quand vous me tueriez, arracheriez-vous de vos flancs le glaive que j'y ai enfoncé ».

Les résultats de cette loi judiciaire furent déplorables et Montesquieu a sainement apprécié les conséquences de cette « rogation qui devait couper les nerfs de l'ordre des sénateurs. »

« Quand les Gracques privèrent les sénateurs de la puissance de juger, le Sénat ne put plus résister au peuple. Ils choquèrent donc la liberté de la constitution, pour favoriser la liberté des citoyens, mais celle-ci se perdit avec celle-là. Les chevaliers ne furent plus cette ordre moyen qui unissait le peuple au Sénat, et la chaîne de la constitution fut rompue. De plus les chevaliers étaient les traitants de la République ; ils étaient avides, ils semaient les malheurs dans les malheurs et faisaient naître les besoins publics des besoins publics. Bien loin de donner à de telles gens la puissance de juger, il aurait fallu qu'ils eussent été sans cesse sous les yeux des juges. Il faut dire cela à la louange des anciennes lois françaises : elles ont stipulé avec les gens d'affaires avec la méfiance que l'on garde à des ennemis. Lorsqu'à Rome les jugements furent transportés aux traitants, il n'y eut plus de vertu, plus de lois, plus de magistrature, plus de magistrats.

Une profession qui n'a ni peut avoir d'objet que le gain, une profession qui demandait toujours, et à qui on ne demandait rien ; une profession sourde et inexorable, qui appauvissait les riches et la misère même, ne devait point avoir à Rome les jugements ¹. »

On sait quelle lutte opiniâtre s'engagea entre Caius Gracchus et la noblesse, comment pour détruire sa popu-

1. *Esprit des lois*, Livre XI, chapitre XIII.

larité durant son second tribunat, le sénat suborna Livius Drusus qui à chaque proposition de son collègue en présentait une plus libérale au nom du Sénat.

Si Caius désire l'établissement de deux colonies et veut conférer le droit de cité aux Latins, Drusus réclame la fondation de douze colonies et demande qu'aucun soldat ne puisse être battu de verges.

C'est en revenant de Carthage où il a conduit six mille colons que Caius constate l'anéantissement de sa popularité et compte les chevaliers parmi ses ennemis les plus acharnés. Malgré tous les efforts du sénat pour ressaisir un pouvoir qui lui échappe, la loi judiciaire est maintenue à la mort de Caius.

Le tribun Servilius Cæpio propose une loi pour attribuer aux sénateurs seuls la juridiction repressive, on ignore si cette loi fut adoptée, quoiqu'il en soit si elle transféra le pouvoir aux sénateurs ce fut assurément pour un délai fort restreint, car peu d'années après la loi de Cæpio, une loi portée par Servilius Glaucia reconnaît aux chevaliers le droit de juger.

La loi Livia rendue en 663 votée sur la proposition de Drusus partage le pouvoir entre les sénateurs et les chevaliers. Mais Sylla apparaît et s'attaquant à toutes les institutions plébéiennes, il s'efforce de faire disparaître les traces des concessions faites au parti populaire « il veut faire régner au forum le silence des camps et croyant l'aristocratie assez forte pour porter le poids de l'empire, il le lui donna ».

Le nombre des sénateurs est augmenté de cent et les choix faits pour pourvoir à ces nouveaux sièges font regretter encore davantage cette mesure. Au sénat seul va appartenir la puissance repressive puisque les *judices jurati* seront choisis dans son sein, à lui aussi la discussion

préalable des lois ; dès lors les chevaliers ne jouent plus aucun rôle dans l'État.

Par ces innovations les comices par tribus perdent leur puissance législative et l'autorité des comices par curies reçoit une grave atteinte de la loi qui exige que toute proposition soit précédée d'un sénatus-consulte.

Les lois judiciaires de Sylla forment une des parties importantes de ses réformes, de nouvelles commissions permanentes vont être établies ; en augmentant les *questiones perpetuæ*, on diminue la juridiction populaire et on accroît d'autant le pouvoir du sénat. Le sénat prononçant sans appel, c'est en somme l'administration de la justice tout entière qui se trouve entre ses mains. Le nombre des préteurs est porté à huit. Mais Sylla meurt et son œuvre ne doit guère lui survivre ; les revendications des chevaliers réclamant les droits qui leur ont été ravés par la loi *Cornelia* (672) vont triompher grâce à l'appui du peuple dont la haine pour le sénat se manifeste publiquement. On s'était plaint de la vénalité des chevaliers, on se plaint davantage de celle du sénat.

En 683 *Aurelius Cotta* en présence de l'infamie flagrante de certains jugements propose une nouvelle distribution du pouvoir judiciaire ; les *judices jurati* sont choisis dans les trois ordres, parmi les sénateurs, les chevaliers et les tribuns de l'*ærarium*.

Hic (L. Cotta) fuit auctor judiciariæ legis Aureliæ qua senatoribus abrogata est summa potestas judicandi et communicata cum equilibus romanis et tribunis ærariis, ita ut in judiciis esset minor numerus senatorum ¹.

Que sont au juste les tribuns de l'*ærarium* ? On pense généralement que ce sont des citoyens dont le cens est

1. *Cicero ad Atticum* I. 16, 3.

inférieur à celui des chevaliers et supérieur à celui des plébéiens, c'est ce qui explique pourquoi on distingue quelquefois les tribuns de l'ærarium du reste des plébéiens et pourquoi on les confond souvent avec les chevaliers.

La loi Aurelia établit trois décuries de juges : la première comprenant les sénateurs, la seconde les chevaliers, la dernière les tribuns de l'ærarium. Ces trois ordres fournissent des juges en nombre inégal, ainsi dans le procès de Milon figurent dix-huit sénateurs, dix-sept chevaliers et seize tribuns. Si la loi Fufia laisse supposer que les trois ordres votent séparément, cela n'a point d'influence sur le verdict, les votes sont toujours additionnés et c'est la somme totale qui décide de l'acquittement ou de la condamnation.

En 698 la loi Pompéia vient limiter les pouvoirs du préteur ; auparavant il portait sur son album les juges qu'il lui plaisait de choisir d'après la loi Aurelia, il lui était ainsi loisible de composer un jury tout à sa discrétion ; c'est pour obvier à cet inconvénient et surtout dans l'intérêt de l'aristocratie que Pompée impose un cens d'éligibilité. Dorénavant seront nécessairement choisis les plus imposés de chaque ordre « *judices judicabunt ii quos lex ipsa non quos hominum libido delegerit.* »

Nous venons de voir quelle grave atteinte avaient déjà reçue dans leurs points essentiels les réformes de Sylla ; les quæstiones cependant qu'il a établies vont continuer à subsister jusque sous l'empire.

Auguste, aux trois décuries parmi lesquelles se prennent les *judices*, ajoute une quatrième catégorie de citoyens pris « *ex inferiore censu* » ¹. Nous rechercherons ultérieurement les moyens qu'a employés Auguste pour res-

1. Suétone, *Oct. Aug.* cap. XXXII.

treindre la compétence des commissions permanentes dont le grand tort à ses yeux était d'entretenir une agitation continuelle, incompatible avec l'ordre de choses qu'il voulait établir.

Pour être admis aux fonctions de *judex*, il faut avoir l'âge de trente ans accomplis et passé soixante ans on est rayé des listes. Auguste cependant abaisse la limite d'âge à vingt-cinq ans. Ne peuvent figurer parmi les *judices* tous ceux qui occupent une magistrature de même que les citoyens flétris par un jugement public pour concussion, meurtre ou violence¹.

Les fonctions de juré sont obligatoires pour celui qui en est investi « *judicandi quoque necessitas inter munera personalia habetur*² » Avant les réformes de Sylla, les listes étant spéciales pour chaque *quæstio* c'est au préteur chargé de présider la *quæstio* à dresser la liste des *judices* lors de son entrée en charge, quand il n'y eut plus qu'une liste unique pour toutes les commissions, ce fut au préteur urbain qu'il appartenait de choisir le jury.

Les lois de Sylla devaient amener ce résultat de rendre inutile l'établissement d'une liste, puisque, comme nous l'avons vu plus haut, le pouvoir judiciaire était concentré dans les mains du sénat ; un règlement intérieur fixait la manière de répartir les sénateurs entre les différentes commissions. « *Nam judices semper sortiebantur et sortio-
ne facta non omnes judicabant sed electio fiebat et ejicie-*

1. Sigonius pense que l'âge était trente-cinq ans et qu'il fut fixé à trente par Auguste « *Cum autem aliis legibus triginta quinque proscriptionem, Augustus ad triginta redigit. Siquidem Suetonius ita scribit: judicis augustus a termino ætatis anno allegitid est quinquennio maturius quam solebat* ».

V. Suétone. *Oct. Aug.* C. XXXII.

2. Loi 48, § 14. D. livre 50, titre IV.

batur ab utrâque parte usque ad certum numerum imparum, per decurias erat senatus divisus¹ ».

Les noms des juges étant désignés, un album contenant leurs noms est exposé publiquement.

Une différence essentielle entre le droit criminel romain et notre droit moderne, c'est la variation du nombre des juges suivant les commissions. Si notre code fixe invariablement le nombre des jurés à douze, à Rome au contraire nous voyons tantôt cent juges tantôt trente-deux ; dans le procès de Milon il en figure cinquante et un, cinquante-six dans le procès de Clodius accusé d'inceste, soixante-dix dans celui de Gabinius.

Est-ce une idée superstitieuse qui préside à cette inégalité que nous trouvons étrange et qu'il nous est impossible d'expliquer ?

En étudiant la procédure, nous verrons comment se forme ce que notre langue juridique appelle jury de jugement ; mais notons dès maintenant une particularité qui aujourd'hui entraînerait la nullité d'un arrêt et qui à Rome paraît toute naturelle, c'est la non-assistance d'un juré à toutes les audiences d'un procès.

1. Cicéron, *pro Cluentio*, 37.

PROCÉDURE IN JURE

DE L'ACCUSATION. — DE L'INSTRUCTION. — DES MESURES PRÉVENTIVES.

Un des grands principes sur lesquels nous devons attirer l'attention, c'est la publicité, publicité de l'instruction, publicité des débats, sauf pour les affaires jugées par le Sénat dont les délibérations sont toujours secrètes. L'accusation et la défense sont publiques. Rome ne connaît point l'institution du ministère public chargé de poursuivre d'office la répression des crimes. Le droit d'accusation est une prérogative du droit de cité, mais ce droit ne fut point toujours exercé d'une manière identique ; pour accuser devant le Sénat ou les comices il faut recourir à un magistrat auquel ses attributions permettent la convocation de ces assemblées ; cela offrait ce grave inconvénient de faire dépendre une accusation du bon vouloir d'un magistrat qui peut avoir quelque grand intérêt à empêcher ou tout au moins à retarder une accusation. Les magistrats romains, comme aujourd'hui les membres du Ministère public, peuvent intenter d'office une action sans avoir été précédemment saisis d'une plainte, mais où ils tendent à se séparer de nos magistrats du parquet, c'est qu'ils peuvent rester inactifs là où les nôtres

doivent poursuivre ; les magistrats romains restent toujours pleinement indépendants. Les avantages de ce droit redoutable confié à tout citoyen ont été souvent développés ; laissons à Machiavel le soin de les résumer : « On ne peut donner aux gardiens de la liberté d'un peuple un droit plus utile et plus nécessaire que celui de pouvoir accuser, soit devant le peuple, soit devant un magistrat ou tribunal quelconque, les citoyens qui auraient commis un délit contre cette liberté. Cette mesure a dans une république deux effets extrêmement importants : le premier est que les citoyens dans la crainte d'être accusés n'osent rien entreprendre contre la sûreté de l'État ; ou que, s'ils tentent quelque entreprise, ils reçoivent sur le champ, et sans ménagement le châtimement de leur forfait ; l'autre est de fournir un moyen de s'exhaler à ces passions qui, de manière ou d'autre, fermentent sans cesse dans l'État contre quelque citoyen. Quand ces passions ne peuvent se répandre d'une manière légalement autorisée, elles prennent des voies extraordinaires qui renversent la république, jusqu'en ses fondements. Rien ne l'affermirait au contraire que de l'organiser de manière à ce que la fermentation des passions qui l'agitent puisse trouver pour s'échapper une issue que les lois autorisent ¹ ».

« Ainsi le fondateur d'une république doit établir pour principe qu'on pourra y accuser tout citoyen, sans crainte et sans danger ; mais ce droit établi et bien observé, les calomniateurs doivent être rigoureusement punis et ils ne pourront se plaindre de la punition, s'il existe des tribunaux ouverts pour entendre leurs accusations contre ceux qu'ils se seraient bornés à calomnier dans les assemblées particulières ² ».

1. Machiavel, *Discours sur Tite-Live*, livre I, chapitre VIII.

2. *Eod. loco*, ch. IX

Si un citoyen a résolu d'en accuser un autre, il est nécessaire qu'il se présente au président de la *quæstio* pour lui exposer sa plainte ; le magistrat vérifie si elle est suffisamment fondée « ne facile quis prosiliat ad accusationem » et si la *quæstio* est compétente ; enfin il lui reste à examiner si l'accusé peut être attaqué et si l'accusateur n'est point privé du droit de figurer dans une instance criminelle. Il n'était point permis en considération de leur service public de mettre en accusation les magistrats en fonction, la poursuite criminelle devait être renvoyée jusqu'à l'expiration de leur magistrature à moins qu'il ne consentissent volontairement à y répondre, ou qu'ils n'abdiquassent leur charge ¹. Si le droit d'accusation appartient à tout citoyen, c'est cependant du magistrat que dépend la mise en exercice de ce droit qu'il peut paralyser en refusant de convoquer la *quæstio*, comme le réclame celui qui accomplit cette formalité désignée sous le nom de « *judicis postulatio* ». Ce droit pour tout Romain d'intenter cette redoutable action, droit qui « était établi selon l'esprit de la république, où chaque citoyen doit avoir pour le bien public un zèle sans bornes, et est censé tenir tous les droits de la patrie dans ses mains ² » doit être refusé à ceux que leurs antécédents ou leur inexpérience font présumer être inhabiles à l'exercer.

« Qui accusare possunt intelligemus, si scierimus, qui non possunt, itaque prohibentur accusare. Alii propter sacramentum ut qui stipendium merent, alii propter delictum proprium, ut infames, alii propter turpem *quæstum*, ut qui duo *judicia* adversus duos reos subscripta habent, nummosve ob accusandum vel non accusandum accepe-

1. Walter, *Droit criminel des Romains*, p. 107.

Loi 12, Dig. livre XLVIII, titre II.

2. Montesquieu. *Esprit des lois*, livre VI, chap. XVIII.

rint, alii propter conditionem suam ut libertini contra patronos ¹. Alii propter suspicium calumniæ ut illi qui falsum testimonium subornati dixerunt ².

Is qui judicio publico damnatus est, jus accusandi non habet, nisi liberorum vel patronorum suorum mortem eo judicio vel rem suam exequatur. Sed et calumnia notatis jus accusandi ademptum est. Item his qui cum bestiis de pugnandi causa in arenam intromissi sunt : quive prævaricationis calumniave causa quid fecisse judicio publico pronunciatus erit, quive ob accusandum negotiumve cui facessendum, pecuniam accepisse judicatus erit ³.

Mise au service d'âmes basses, la délation avait presque de tout temps été pour ainsi dire érigée en métier et pratiquée par des personnes libres ou des esclaves qu'on appelait *indices* ; fréquemment la république excitait officiellement à la dénonciation. La récompense ordinaire des indices était pécuniaire, pour les esclaves c'était la liberté avec le droit de cité quand il s'agissait d'un crime contre l'état, le délateur coauteur ou complice du crime qu'il dénonçait obtenait habituellement l'impunité.

Parfois celui qui aura fait condamner un magistrat aura le droit de se faire inscrire à la place du condamné. « Si quis decurio coloniæ genetiivæ decurionem coloniæ genetiivæ hac lege de indignitate accusabit eumque quem accusabit eo judicio hac lege condemnarit, is qui quem eo judicio ex hac lege condemnarit si volet, in ejus locum qui condemnatus erit sententiam dicere ex hac lege liceto

1. Loi 8. Dig. liv. XLVIII. titre II.

2. Loi 9, *eod. tit.*

3. Loi 4, *eod. tit.*

V. Mainz, *Nouvelle revue historique de droit Fr. et étr. Esquisse historique du droit criminel de l'ancienne Rome*, 1882, p. 53.

itque eum sine fraude sua jure lege recteque facere liceto ¹.

Sous les empereurs, les règles du droit d'accusation furent soumises à des modifications, dès lors le droit fut abandonné à des esprits ambitieux. Tacite nous dépeint la haine publique faisant seule la sûreté des délateurs dont l'acharnement devient d'autant plus opiniâtre que leur personne semble devenir plus sacrée.

Si le quæstor accède à la *judicis postulatio*, il y a lieu de faire une dénonciation solennelle du crime (*nominis delatio*) ; l'accusateur désigne le crime, indique la personne accusée. Cette formalité dont le but était de préciser clairement les faits caractéristiques du procès, était remplie devant le président de la commission par l'accusateur et les *subscriptores*. L'accusateur rédigeait alors un procès-verbal constatant l'exacte observation de ces formes auxquelles on attache une juste importance, car la cause ne peut s'engager que sur les questions soigneusement posées dans l'*interrogatio*. L'accusateur est lié par cet acte préparatoire, désormais il ne peut modifier sa demande, et ne saurait passer d'une accusation pécuniaire à une accusation capitale, ou, pour arriver à ce résultat, il faudrait recommencer une nouvelle instance.

Nous trouvons la texture d'un de ces protocoles au *Digeste* « *libellorum inscriptionis conceptio talis est : consule et dies : apud illum prætorem, vel proconsulem, Lucius Tutius professus est se Mæviam lege Julia de adulteriis ream deferre, quod dicat eam cum Gaio Seio in civitate illa, domo illius, mense illo, consulibus illis adulterium commisisse* ². »

Au cas où plusieurs accusateurs se présentent pour sou-

1. *Les bronzes d'Osuna*. Paris, 1874, p. 29, Fr. CXXIII.

2. Loi 3, *Dig. accusationibus*.

tenir la même accusation, il y a lieu de décider quel sera celui qui sera admis à accuser, pour le même crime il ne peut y avoir qu'un seul accusateur. On a recours à une procédure appelée *divinatio* pour déterminer à qui incombera la mission de poursuivre l'accusation. La *divinatio* est un débat qui se vide devant la *quæstio* compétente pour connaître de l'affaire principale; les différents accusateurs font valoir les raisons pour lesquelles on doit les choisir. On recherche quel est celui que semblent désirer les parties à venger, et dont l'honnêteté et la capacité garantissent des soins qu'il apportera à la divulgation de la vérité.

Ceux qui ont été éliminés viennent s'adjoindre à l'accusateur comme *subscriptores*, ils le surveillent de façon à empêcher toute collusion avec l'accusé; si l'accusateur faiblit ou laisse dans l'ombre quelques faits de nature à impressionner les *judices*, les *subscriptores* interviennent et mettent en lumière les éléments qui doivent entraîner une condamnation.

L'accusation doit prêter serment de poursuivre le procès jusqu'à l'obtention du jugement « *perseveraturum se in crimine usque ad sententiam* ¹. »

L'instruction, *inquisitio*, qui va précéder les débats est publique, elle se fait par l'accusateur non par le magistrat, et l'absence de mesures préventives a probablement pour but d'établir l'équilibre entre l'accusateur qui va rassembler les preuves et l'accusé qui étudiera librement les moyens de les combattre.

Le *quæstor* délivre à l'accusateur une *lex* en vertu de laquelle ce dernier peut contraindre l'accusé à lui remettre ses *tabulas*, qui dans les procès de concussion par exemple

1. Loi 7, § 1. *Dig. eod. tit.*

offrent un intérêt considérable et peut citer les témoins qu'il choisit. Aucune des démarches de l'accusateur ne doit rester secrète, l'accusé et ses amis pourront à chaque instant contrôler les moyens employés par l'accusateur pour réunir les différents éléments de l'accusation et se rendre compte de la loyauté qu'il apporte dans son enquête. Si nous comparons la loi romaine à nos lois actuelles, nous voyons qu'elle favorise davantage la défense en lui permettant de suivre pas à pas l'accusation et de chercher immédiatement ce qui peut contre-balancer ses preuves.

Un certain délai est habituellement accordé à l'accusateur pour réunir les indices qui doivent servir à asseoir son accusation. C'est ainsi que Cicéron demande un délai de cent jours afin de se rendre en Sicile pour préparer son réquisitoire contre Verrès (Cicéron, *In Verrem*, IV, 68).

Nous devons cependant signaler avec Ayrault un des désavantages de l'instruction publique, « c'est que, en faisant venir à une fois plusieurs coaccusés, on ne pouvait pas en interroger un, ni lui confronter témoins, que ce ne fust avertissement à l'autre, de ce qu'il devait dire à pareille demande qu'on lui ferait, ou contre les mêmes témoins qu'on lui présenterait. Pareillement quant aux témoins, s'ils sont faux ou veulent favoriser une partie plus que l'autre, il est plus difficile de les surprendre ou d'empêcher ces connivences que s'ils sont ouys séparément et en secret ¹ ».

Mais pour que notre code criminel fut aussi favorable à la défense que le système pénal que nous examinons, il faudrait que les mesures préventives fussent moins rigoureuses.

En recherchant quels étaient les moyens qu'employaient

1. Ayrault *op. cit.*

les Romains pour assurer la comparution des accusés au jour fixé par le préteur, nous étudierons aussi quelle était la conséquence d'un aveu fait pendant l'interrogatio.

L'accusé ne pourra revenir ultérieurement sur un aveu fait in jure, c'est du moins ce que pense Matheus et ce qui paraît fort vraisemblable ¹.

« Il ne paraît point, dit M. Faustin Hélie, *Traité d'instruction criminelle*, t. V, p. 722, que la loi romaine, tant que la forme accusatoire demeura pleinement en vigueur, ait attaché à l'aveu des conséquences légales. Quelques publicistes ont pensé en s'appuyant sur une phrase de Quintilien qu'il ne constituait aucune preuve.

Voici cette phrase : « ea natura est omnis confessionnis ut possit videri demens qui confitetur de se ». Assurément si toute confession devait être réputée une œuvre de démence, il serait impossible d'y ajouter aucune foi, mais ce n'est pas, ainsi qu'on l'a très justement remarqué, dans les déclamations de Quintilien qu'il faut chercher les règles du droit, il s'agit d'ailleurs, dans ce passage, de l'aveu d'un insensé sur lequel on prétendait étayer un jugement. L'aveu était en général considéré comme un moyen de preuve que les juges appréciaient. Ce n'est que lorsque la procédure accusatoire vint à se compliquer de plusieurs éléments nouveaux qui la modifièrent, que l'aveu prit dans la jurisprudence une place plus importante. Il fut considéré comme une cause suffisante de détention préventive : « si confessus fuerit reus, donec, de eo pronunciaretur, in vincula publica conjiciendus est ². Mais il ne paraît pas qu'il fût admis sans autre preuve, comme pouvant servir de base nécessaire à une condamnation. Ulpien

1. Matheus, *De criminibus*, titre XVI, chap. 1.

2. Loi 5 Dig., *De custodia reorum*.

réserve l'appréciation du juge : si quis de maleficio fateatur, non semper ei fides habenda sit ; nonnunquam enim aut metu aut qua de alia causa in se confitentur ¹. — M. Esmein pense que l'aveu, comme aujourd'hui encore dans la procédure anglaise, suffisait à lui seul pour que la peine pût être appliquée ; dans le cas où l'accusateur ne parvenait pas à obtenir cet aveu, il formulait d'une façon précise son accusation ². Geib dans son *Histoire du droit criminel depuis l'origine de Rome jusqu'à Justinien* ³ combat cette assertion ; il examine d'abord un texte emprunté au Pseudoasconius « quum in jus ventum esset dicebat accusator apud prætorem reo aïo, te sículos spoliasset. Si lacuisset lis ei æstimabatur ut victo, si negasset petebatur a magistratu dié inquirendorum ejus criminum et instituebatur accusatio » et il nie la théorie que l'on en fait découler. Il n'attache pas plus de valeur (nicht viel besser steht es) à une phrase de Salluste qu'invoquent également les partisans de l'autre système « quare ita ego censeo quum nefario consilio sceleratorum civium respublica in maxima pericula venerit, hique indicio Volturcii et legatorum Allobrogorum convicti confessique sint, cædem, incendia, alia fæda atque crudelia facinora in cives patriamque paravisse ; de confessis, sicuti de manifestis rerum capitalium, more majorum, supplicium sumendum ⁴. Cette mesure exceptionnelle s'explique d'après lui par le pouvoir donné aux consuls dans les moments de danger.

D'autres textes tirés des œuvres de Quintilien et de Sénèque viennent, il est vrai, corroborer l'opinion adverse,

1. Loi I, § 27, *Dig., De questionibus*.

2. Du délit d'adultère à Rome par M. Esmein, page 52.

3. Geib, geschichte des römischen criminalen processe zum Tode Justinian p. 273 et s.

4. Salluste, *Catilina*, c. 52.

mais Geib ne veut attribuer aucune créance à des déclarations.

Cicéron, au contraire, nous laisse entendre que lorsque l'accusé a fait des aveux, il peut encore compter sur la bienveillance des jurés « *deprecatio est, quum et peccasse et consulto peccasse reus se confitetur et tamen ut ignoscatur postulat*¹ et du reste, ne plaïda-t-il pas pour Ligarius, commençant son plaidoyer en rappelant à l'accusateur que son client avait fait des aveux complets « *habes igitur, Tubero, quod est acusatori maxime optandum confitem reum*². »

Nous pensons que malgré un aveu, la procédure ne devait point être interrompue, les débats devaient se continuer devant les judices, car il pouvait arriver que des personnes s'accusassent d'un crime imaginaire pour échapper aux châtimens que pouvait leur attirer un crime plus sévèrement réprimé ; nous trouvons dans Matheus des exemples qui prouvent que ce ne sont point là de pures hypothèses « *nonnulli enim perire volentes, fingunt se admisisse quæ non admiserunt, primitivus ille servus, metu dominum revertendi homicidium se fecisse commentus est.... ita Valerio narrante, M. Agrii argentarii servus Alexandrum C. Fannii servum occidisse confessus est, mox ubi supplicio affectus, ille de cujus nece creditum erat domum rediit*³. » Et comme le fait observer Ayrault « nous disons communément : non auditur perire volens, et par là nous inférons que sur la seule confession, on ne peut donner et asseoir jugement, il faut qu'il apparaisse du crime et de beaucoup d'autres choses. »

Quoiqu'il en soit l'accusation ne doit point diviser un

1. Cicéron, *De Inv.* I, 11.

2. Cic., *pro Ligario* c. I.

3. Matheus, *de criminibus*, titre XVI. Chap. 1.

aveu fait par l'accusé et retenir pour partie ce qu'il a pu dire in jure « Postremo quæritur, an si reus cædem confiteatur, sed jure factam dicat confessio ejus ita dividi possit ut priorem partem acceptet accusator, posteriorem repudiet causam illam nullam credo quo minus dividi confessio possit, nec amplius quærat an cædem fecerit reus sed an fecerit dolo malo ¹. »

Quand il y avait flagrant délit, c'est-à-dire quand les coupables étaient surpris et saisis au moment de la perpétration du crime, délaissait-on les règles ordinaires de la procédure? Les prévenus pouvaient-ils être mis en état d'arrestation sans ordre du magistrat? Et le magistrat pouvait-il instruire le procès d'office et sans être saisi d'une accusation? Oui, d'après M. Faustin Hélie qui se fonde sur les lois 2 et 6 au Code ²; dans cette opinion on peut également invoquer un texte de Salluste où l'on voit que lors de la conjuration de Catilina plusieurs de ses principaux compagnons furent confiés à la garde de personnages importants « senatus {decernit, uti abdicatus, magistratu Lentulus, item ceteri *in liberis custodiis* haberentur. Ita que Lentulus P. Lentulo spintheri qui tum ædilis, Cethegus Q. Cornificio, Statiluis C. Cæsari, Gabinius M. Crasso, Cæparius, Cn. Terentio senatori traduntur ³ ». Nous avouons ne pas avoir ici de raisons suffisantes pour nous déterminer à admettre l'existence de telles dérogations. Tite-Live vante beaucoup la modération du système répressif de Rome. — Les mesures préventives n'étaient prises que dans le cas où le salut de la République semblait réclamer le châtiment exemplaire des coupables et nous pensons qu'en règle générale rien ne garantissait la comparution de l'ac-

1. Matheus, *op. cit.*

2. Lois 2 et 6, au Code, *De custodia reorum*.

3. Salluste, *Catilina*, C. 47.

cusé au jour de la réunion de la *quaestio* si ce n'est l'amour ardent d'une patrie qu'il eût fallu fuir sans retour pour échapper au jugement ¹. — *Zumpt* pense qu'en cas d'aveu ou de flagrant délit les magistrats rendaient la sentence et prononçaient la peine. *M. Mainz* soutient comme nous que sous le régime des tribunaux permanents, on recourait rarement à l'emprisonnement préventif ².

Ulpien nous fait connaître une loi qui, tout en maintenant, de son temps, la liberté sous caution comme une règle générale, réserve néanmoins une exception pour les cas les plus graves: « *divus pius rescripsit, non esse in vincula conjiciendum eum qui fidejussores dare paratus est: nisi si tam grave scelus admisisse eum constet, ut neque fidejussoribus, neque militibus committi debeat; verum hanc ipsam carceris pœnam ante supplicium sustinere* »; ³ hoc autem vel pro criminis, quod obijcitur, qualitate, vel propter honorem, aut propter amplissimas facultates, vel pro innocencia personæ, vel pro digitate ejus, qui accusatur facere solet ⁴.

Aujourd'hui d'après notre Code d'instruction criminelle la mise en liberté provisoire n'est jamais de droit, sauf en matière correctionnelle et cinq jours après l'interrogatoire en faveur du prévenu domicilié, quand le maximum de la peine prononcé par la loi est inférieure à deux ans d'emprisonnement ⁵.

En tout état de cause, la chambre des mises en accusa-

1. V. à propos du flagrant délit *Faustin Hélie, Traité d'instruction criminelle*, t. V, p. 460. V. *Zumpt, op. cit.*, p. 443.

2. V. Mainz. — *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*. — *Esquisse de droit criminel romain*, 1882, p. 28.

3. *Dig. loi 3 de custodia et exhibitione reorum*.

4. *Digeste, loi I, cod. tit.*

5. Voir loi du 14 juillet 1865, modifiant l'article 112 du Code d'instruction criminelle.

tion peut accorder la mise en liberté, depuis l'ordonnance du juge d'instruction jusqu'à l'arrêt de renvoi devant la cour d'assises ; le tribunal correctionnel, si l'affaire y a été renvoyée, la chambre des appels correctionnels si appel a été interjeté du jugement sur le fond jouissent du même droit.

PROCÉDURE DEVANT LES JURÉS

Au jour fixé par le quæstor pour la comparution, la quæstio se réunit au forum, parfois c'est en plein air que se débat l'affaire et pour que les ardeurs du soleil n'incommodassent pas les assistants, César eut l'idée de faire couvrir le forum entier de vastes toiles qui abritaient la foule, parfois et plus fréquemment c'est au temple de Castor, que Cicéron appelle « le plus illustre des monuments, le témoin de toute la vie politique des Romains. » Il était situé au bas du Palatin ; il ne reste aujourd'hui de ce célèbre édifice que trois colonnes qui ont fait de tout temps l'admiration des artistes. Plus tard on transporta dans la basilique Julienne le siège des commissions permanentes « la basilique se composait d'une salle centrale qui servait à rendre la justice. Elle était assez vaste pour contenir quatre tribunaux qui jugeaient ensemble ou séparément. C'est là qu'ont été plaidés les procès les plus importants de l'empire, c'est là que Quintilien, que Pline le Jeune et les autres avocats célèbres de ce temps ont obtenu leurs plus beaux succès. Au-dessus du premier rang de portiques, il y en avait un second, auquel conduisait un escalier dont les traces sont encore visibles ¹. De cet étage on dominait la place ;

1. Voir Gaston Boissier. — *Rome et Pompéi*.

on pouvait aussi regarder ce qui se passait dans l'intérieur de la basilique et suivre les plaidoiries des avocats. Pline raconte que dans une affaire grave où il plaidait pour une fille déshéritée par son père qui, à quatre-vingts ans s'était épris d'une intrigante, la foule était si grande que « non seulement elle remplissait la salle, mais que les galeries supérieures étaient pleines d'hommes et de femmes qui étaient venus pour l'entendre » ¹.

Mais peu importe l'emplacement où siègent les quæstiones ; la disposition de ceux qui participent au procès ne varie point, à droite et à gauche du président sont rangés les juges assis sur des bancs, au-dessous sont les hérauts et les scribes. Les magistrats avaient à leur service un nombreux personnel de rédacteurs ou expéditionnaires (scribæ). A la différence des magistrats ces scribæ reçoivent un traitement. Ils sont recrutés parmi les citoyens romains, nommés d'abord pour un an et choisis librement à l'origine par les magistrats qui les employaient. On dut s'habituer de bonne heure à les maintenir dans leur charge plusieurs années de suite et ils finirent par être rompus aux usages administratifs, ce qui leur procura une grande influence ; ces emplois devinrent alors viagers et furent considérés comme la propriété des titulaires qui obtinrent

1. L'un des plus grands plaisirs de ce peuple devenu oisif était d'aller dans les basiliques, rien n'était plus amusant pour lui. Voir juger était pour les Romains, ce que lire journal est aujourd'hui pour nous ; à Rome on prenait beaucoup plus d'intérêt à la chose publique parce qu'on était beaucoup moins occupé de sa famille, les femmes n'étaient que des servantes occupées à filer la laine et à soigner les enfants, les Romains, comme les Anglais d'aujourd'hui, avaient eu l'adresse de persuader à leurs femmes que s'ennuyer était le premier devoir d'une matrone respectable. Ce ne fut guère que vers le temps de César que les femmes riches sentirent la duperie de ce système, alors Caton cria que tout était perdu. Voir Stendhal — *Promenade dans Rome*, I, p. 200.

le droit de présenter leurs successeurs, sauf dans le cas où ils auraient été révoqués pour indignité ¹.

Une barrière sépare le tribunal du public, en dehors de cette barrière, et à gauche on voit l'accusateur et ses subscriptores, l'accusé et ses défenseurs.

Le héraut (*præco*) procède à l'appel des parties et des juges jurati. Si l'accusateur ne comparaît pas l'accusation tombe « si accusator decesserit, aliave quæ causa impedierit quo minus accusare possit et si quid simile nomen rei aboletur, postulante reo » mais l'accusé n'échappe point irrévocablement à une nouvelle poursuite par l'abstention de l'accusateur ; tout citoyen est libre de reprendre une nouvelle instance. Si l'accusé fait défaut il y a lieu d'établir une distinction : si quelque obstacle l'empêche de comparaître, aucune peine n'est prononcée, mais si son absence est volontaire, on prononce contre lui la peine fixée par la loi à moins qu'il ne se soit exilé, auquel cas on confirme son exil volontaire en prononçant l'interdiction de l'eau et du feu. Sous l'empire ce droit est modifié, l'accusé est sommé de se présenter, à partir de ce moment il a un délai d'un an pour comparaître « Et ex hoc annus computatur ad se purgandos.² » Si l'état de contumace se prolonge au delà d'une année le fisc peut s'emparer des biens. « Anni spatium ad occupenda bona ejus, qui requirendus adnotatus est pertinet³ » et on ne pourra prononcer contre eux aucune pénalité « ne quis absens puniatur : et hoc jure utimur ne absentes damnentur neque enim inaudita causa quemquam damnari æquitatis ratio patitur. »

1. *Les Institutions politiques des Romains*, par J.-B. Mispoulet, I, p. 65.

2. Loi 1, § 3, *Dig.* liv. XLVIII, tit. 17.

3. Loi 2, in pr., *eod. tit.*

Après que le héraut a fait l'appel de la cause et si les parties sont présentes, il est nécessaire de recourir à la formation du jury de jugement.

L'editio et la sortitio, voilà les deux procédés auxquels on pouvait recourir et dont nous allons expliquer le mécanisme. Les judices jurati ne sont point désignés par le magistrat et c'est aux parties seules qu'il appartient de faire ce choix. La sortitio est le mode le plus fréquemment employé. Le président, met dans l'urne des boules (pilæ) sur lesquelles sont inscrits les noms des judices tombés au sort et extrait de l'urne autant de noms qu'il y a de juges à nommer, c'est ce qu'on nomme le primum consilium. Les parties ont la faculté de récuser les judices chez lesquels ils peuvent soupçonner des idées préconçues ; la récusation est publique et on n'en fait pas connaître les causes, il suffit que la partie pense que tel ou tel juge lui est contraire, il n'est pas nécessaire de jurer que c'est de bonne foi qu'on propose ces récusations ; licet rejicere, licet exclamare : hunc nolo.

L'accusateur récusait en premier lieu, puis venait le tour de l'accusé. Afin de combler les vides qu'avait créés la récusation on recourait à un second tirage. On ne sait au juste si les parties jouissaient après ce second tirage de la même faculté qu'après le premier tirage, c'est-à-dire de la faculté de récuser le jury tout entier. M. Laboulaye estime qu'une loi Vatinia rendue en 694 permet aux parties de rejeter le jury tout entier aussi bien après le second tirage qu'après le premier ¹.

Le second mode de constitution du jury est l'editio.

L'accusateur choisissait (edebat) cent jurés, l'accusé en nommait autant de son côté, puis l'accusateur récusait

1. Laboulaye, *Essai sur les lois criminelles des Romains*, p. 356.

cinquante noms dans la liste de l'accusé comme l'accusé récusait cinquante noms dans la liste de l'accusateur. Mais cette procédure qui favorisait également les deux parties fut, pense-t-on, abolie par la loi Cornelia repetundarum et remplacée par le tirage au sort.

L'editio se présentait encore sous une autre forme. L'accusateur désignait quatre tribus parmi lesquelles on devait choisir les juges et de ces quatre tribus l'accusé pouvait en récuser une.

Certains judices nommés dans les conditions que nous venons d'indiquer peuvent décliner toute participation au jugement du procès en proposant certaines excuses.

« Præter eos, quoscumque intelligit operam dare non posse ad judicandum pollicetur se excusaturum : forte quod in perpetuum quis operam dare non potest, quod in eam valetudinem incidit ut certum sit, eum civilia officia subire non posse aut si alio morbo laboret ut suis rebus superesse non possit vel si quid sacerdotium nancti sint ut discedere ab eo sine religione non possint : nam et hi in perpetuum excusantur¹.

Les noms des judices sont ensuite inscrits sur un album ad hoc, puis ils prêtent serment, de là leur nom de judices jurati ; le préteur ayant prêté serment lors de son entrée en charge n'a pas besoin de le renouveler. Le magistrat ne pouvait pas être récusé, car il ne pouvait dépendre de la volonté des parties de lui enlever une charge que lui avait confiée la république « du reste après la récusation, qui l'eût remplacé, ce n'eût pas été un autre préteur car leurs fonctions étaient distinctes, s'il y avait quelquefois deux ou trois préteurs pour la répression d'un même crime ainsi que furent Marcus Pletorius et Caius Flaminius dont

1. Au *Dig.* loi 13, liv. L, it. v.

parle Cicéron *pro Cluentio*, c'est pour l'affluence des crimes et non pas pour que l'un siègeât si l'autre était absent ou récusé ¹ ».

Aussitôt que le héraut annonce que la cause va être entendue, l'accusateur prend la parole pour exposer sa plainte et développer ses griefs, non pas avec cette réserve que la gravité de son ministère impose chez nous à l'organe impartial de la société, mais avec toute la passion permise à celui qui plaidait sa propre cause en même temps que celle du peuple qui l'écoutait. Dans notre droit actuel, on le sait, le greffier après la lecture de l'arrêt de renvoi fait connaître l'acte d'accusation rédigé par le procureur général, où sont condensés les différents faits imputés à l'accusé, ce qui permet aux jurés de bien saisir l'ensemble d'une affaire dont les détails vont leur être incessamment exposés. A Rome donc, on débute par le réquisitoire auquel l'accusé répond par lui-même, soit par l'intermédiaire d'amis sur le concours dévoué desquels il peut se reposer. Les orateurs parlent debout ; dans les procès privés ils avaient au contraire la faculté de parler assis. Pompée vint restreindre le temps accordé aux orateurs pour développer leurs arguments, il n'accorda que deux heures pour l'accusation et trois pour la défense ². C'est la

1. Ayrault. *op. cit.*

2. Les bronzes d'Osuna nous ont révélé une disposition semblable de la loi coloniale de Genetiva Julia. Le décemvir accordera quatre heures à celui qui remplira le rôle de plaignant (*delator*) et deux heures au mainteneur (*subscriber*) pour développer chaque action de l'accusation. Si l'un des accusateurs concède à l'autre une partie de son temps, il parlera d'autant moins, et l'autre pourra parler d'autant plus sans préjudice du temps qui lui est accordé à lui-même. L'accusé et son défenseur auront dans tous les cas pour la défense le même nombre d'heures, et en plus encore autant que tous les accusateurs réunis et cela pour chaque action de l'accusation. Frag. CII de la loi coloniale de Genetiva Julia.

clepsydre qui mesure le temps fixé, et, dès qu'elle a laissé échapper sa dernière goutte d'eau, le héraut annonce à haute voix la fin des plaidoiries par le mot « dixerunt. »

Cette limitation apportée aux discours prolongés avait pour but de remédier à un inconvénient que signalait la pratique ; des orateurs essayaient parfois de prolonger leur plaidoirie jusqu'au coucher du soleil et comme les jours où il n'était pas permis de plaider étaient fort nombreux il pouvait arriver que la solution du procès fut renvoyée à une époque fort éloignée ¹.

Les Romains n'admettaient point la réplique, l'*altercatio* en tient lieu. L'*altercatio* est un débat rapide et contradictoire entre l'accusateur et l'accusé ou ses patroni ; les deux parties se pressent de questions brèves et d'argumentations serrées ; on attachait une grande importance à cette partie de l'instance à en juger par l'opinion de Quintilien : « nec immerito quidem, quanquam in dicendo mediocres hæc tamen altercandi præstantiâ, meruerunt nomen patronorum » ².

Les plaidoiries et l'*altercation* terminées, l'interrogatoire des témoins commence. Sont d'abord entendus les témoins à charge, les témoins à décharge viendront en dernier lieu. Il est assez étrange de voir la production des témoignages suivre les plaidoiries au lieu de les précéder, car le rôle de l'accusateur aussi bien que de l'accusé est

1. Dans les états pontificaux, les jours fériés étaient très fréquents ; M. Taine (*Voyage en Italie*) dépeint les lenteurs de la justice en mettant en cause un propriétaire réclamant le paiement de son loyer. Le locataire assigné demande et obtient plusieurs fois de suite remise à quinzaine, il attrape ainsi les *ferie*, les jours de fête de Noël, de Pâques, de la Saint-Pierre, de l'automne : il y en a qui durent deux mois à cause de la sainteté du moment ; il réclame alors un délai plus long : le juge lui accorde quatre mois. Cela fait il va en appel et gagne beaucoup de temps encore.

2. Quintilien, *de inst. orat.* VI. 4.

de discuter les allégations qui ont été produites. Les Romains redoutaient probablement les effets de la parole sur un jugement immédiat et pour prévenir un dangereux entraînement ils plaçaient entre les plaidoiries et le jugement l'examen grave et froid des témoins et des preuves ¹.

Cet usage du reste tendit à se modifier sur la fin de la république : Cicéron, dans son accusation contre Verrès, rappelle que dans les procès ordinaires les témoins ne sont produits qu'après les plaidoiries, mais que contrairement à cette coutume il produira les témoins après avoir exposé chaque chef d'accusation et sans attendre la fin de toute sa plaidoirie « *faciam hoc non novum sed ab iis, qui nunc principes nostræ civitatis sunt, ante factum ut testibus utar statim : illud a me novum, iudices, cognoscetis, quod ita testes constituam, ut crimen totum explicem; ubi id interrogando argumentis atque oratione firmavero, tum testes ad crimen accomodem : ut nihil inter illam usitatam accusationem, atque hanc novam intersit, nisi quod in illa tum, quum omnia dicta sunt testes dantur; hic in singulas res dabuntur : ut illis quoque eadem interrogandi facultas, argumentandi dicendique sit* » ².

Quintilien paraît donner comme un point certain que de son temps l'exhibition des preuves précédait les plaidoiries « *quod iis temporibus, quibus testis non post finitas actiones rogabatur et facilius et frequentius fuit* » ³.

Les preuves résultent soit des écrits, soit de l'audition des témoins, voire de la question.

Les preuves par écrit résultent des registres de l'accusé

1. V. Faustin Hélie. *Traité d'instruction criminelle*, I. n° 46.

2. *Cicero in Verrem*, act. I, ch. xviii.

3. Quintilien, *Inst. oratoire*, livre V, ch. vii.

saisis en vertu de la lex accordée par le préteur à l'accusateur ; tous les papiers qui peuvent servir à étayer l'accusation sont apportés et discutés devant les judices. » *Tabularum vero nomine omne genus scripturam appellabant quo causam confirmare suam possent. In primis autem erant tabulæ dati et expensi quas accusator a reo postulabat in certis causis, ut repetundarum et peculatus* ¹ ». — Mais la principale preuve de l'accusation dérive du témoignage oral ; les témoins sont convoqués par une citation, le témoin défaillant est assimilé à l'accusé qui ne comparait pas.

Primitivement l'accusateur a seul le droit de contraindre les témoins à venir à l'audience : « et quoniam duo genera sunt testium aut voluntariorum, aut eorum quibus iudex in judiciis lege denunciare solet ; quorum altero pars utraque utitur, alterum accusatoribus tantum concessum est » ² ».

Plus tard l'accusé finit par obtenir le même droit et cela eut pour résultat de favoriser la défense ; au début les laudatores que produisait l'accusé pouvaient être suspects puisque rien ne les obligeait à comparaître. Il y eut tellement d'abus lorsque l'accusé put contraindre les témoins à décharge à venir déposer, que l'on fut obligé de limiter leur nombre.

Avant de déposer, les témoins doivent prêter serment.

Mais tout individu ne doit pas être admis à produire son témoignage dans une instance criminelle « in testimoniis autem dignitas, fides, gravitas examinanda est : ideo testes, qui adversus fidem suam vacillant, audiendi non sunt.

Les incapacités sont absolues ou relatives : l'incapacité

1. Quintilien, *loc. cit.*

2. Sigonius, *De judiciis publicis*, III, ch. xvi.

est absolue si dans aucun cas une personne ne peut être entendue ; l'incapacité relative ne provient que de la situation respective de deux individus. Sont frappés d'une incapacité absolue tous ceux condamnés par un *judicium publicum* « *repetundarum damnatus nec ad testamentum nec ad testimonium adhiberi potest* ¹ » et les personnes sous le coup d'une accusation de délit public « *in testimonium accusator citare non debet, qui judicio publico reus erit, aut qui minor viginti annis erit* ² », ce qui nous laisse supposer qu'à Rome l'accusé n'est pas réputé innocent jusqu'au jour de la condamnation. Les femmes, à l'origine, ne pouvaient témoigner en justice, plus tard on revint sur cette incapacité qui n'atteignit plus que les femmes condamnées pour adultère : « *ex eo quod prohibet lex Julia de adulteriis, testimonium dicere condemnatam mulierem, colligitur, etiam mulieres testimonii in judicio dicendi jus habere* ³ ».

Les incapacités relatives naissent des liens d'affection ou de déférence que la loi présume entre certaines personnes : ainsi le père ne peut venir témoigner contre son fils, ni le fils contre son père « *idoneus pater filio aut filius patri non est* » ⁴ on redoute l'influence de la crainte ou de l'attachement sur leur témoignage.

Enfin certaines personnes ne peuvent être contraintes à venir à l'audience faire leur déclaration « *inviti testimonium dicere non coguntur senes valetudinarii, vel milites vel qui cum magistratu reipublicæ causa absunt, vel quibus venire non licet* ⁵ ».

1. *Digeste*, loi 15 *de testibus*.

2. *Digeste*, loi 20 *eod. titulo*.

3. Loi 18, *eod. titulo*.

4. Loi 9. *Dig. de Testibus*.

5. Loi 8. *eod. tit.*

Nous trouvons dans *Les bronzes d'Osuna* des renseignements intéressants sur ce sujet : « s'il y a des témoins à entendre, il n'en sera pas, d'autorité publique, appelé plus de vingt, lesquels devront être colons, ou résidents dans la colonie et seront cités à la diligence du plaignant, le magistrat devra prendre soin que les intéressés auxquels cette citation aura été notifiée, et ceux qui auront été désignés pour prêter témoignage, comparaissent au jour indiqué. Il devra faire déposer sous serment les témoins sur les faits dont ils auront connaissance personnelle ou par ouï-dire et il aura plein pouvoir pour faire justice, à ce sujet, pourvu qu'il n'appelle pas plus de vingt personnes à déposer dans la même affaire. Nul ne sera tenu de témoigner dans l'affaire en litige s'il est gendre, beau-père, parâtre, beau-fils, patron, affranchi, cousin germain ou plus proche parent et allié de la partie intéressée ' ». Ce n'est point au président de la quæstio qu'il appartient de diriger l'interrogatoire ; comme dans la procédure in jure, c'est l'accusateur lui-même qui interroge les témoins, l'accusé et ses patroni jouissent du même droit. Quintilien dans son *Institution oratoire* ne nous laisse aucun doute sur ce point et il nous indique les procédés habituels de certains orateurs pour mettre en lumière les faits de nature à impressionner les judices. Aujourd'hui ce n'est, ni au ministère public, ni à la défense qu'est confiée la direction de l'interrogatoire ; le président seul interroge comme il l'entend, et, après l'audition de chaque témoin consulte aussi bien le magistrat du parquet que le conseil de l'accusé pour savoir s'ils ont quelque éclaircissement à demander au témoin.

Indépendamment des preuves écrites et des témoigna-

1. V. *Les bronzes d'Osuna*, p. 17, fra. XCV. trad. de M. Giraud.

ges, la divulgation de la vérité peut nécessiter l'emploi de la torture, les reproches que dans notre ancien droit, soulevait cet usage avaient déjà été formulés à Rome, et, La Bruyère n'avait fait que s'inspirer des philosophes romains quand il écrivait que « la question est une merveilleuse invention et tout à fait sûre pour perdre un innocent qui a la complexion délicate et sauver un coupable qui est né robuste ».

A l'époque des *quæstiones perpetuæ*, les hommes libres ne peuvent être soumis à la torture, il en est autrement des esclaves ; sous l'empire au contraire l'exception est d'en être exempté. Longtemps réservée aux esclaves, la question fut peu à peu étendue aux personnes libres, de la condition la plus humble ou notées d'infamie. « Si ea rei conditio sit, ubi arenarium testem vel similem personam admittere cogimur sine tormentis testimonio ejus credendum non est ¹ ». Ces personnes ne présentant pas plus de garanties que les esclaves, il était naturel de leur appliquer le même principe.

« Les Romains n'admettaient point que l'esclave pût être un témoin : *servum hominem causam orare leges non sinunt* ; cependant les esclaves jouaient un grand rôle dans la société romaine, en fait ils étaient les témoins de bien des actes, refuser de les entendre c'était priver la justice de puissants moyens d'investigation. Aussi avait-on permis dans certains cas qu'on pourrait les entendre ; mais alors même apparaissait le mépris profond qu'avait pour eux la société antique. Chez les Romains comme chez les Grecs, jamais on n'entend un esclave dans un procès sans le soumettre à la torture. Seul l'homme libre dira la vérité sous la foi sainte du serment ; l'esclave qui n'a ni dieux

1. Loi 21, § 2, *Dig. de testibus*.

ni patrie ne peut la révéler que sous l'action de la douleur¹ ».

Plusieurs fragments insérés au *Digeste* établissent qu'on ne pouvait faire parler l'esclave contre son maître, loi 1. §§ 7, 13, 16, livre XLVIII, titre XVIII. En matière d'adultère toutefois, les esclaves de l'accusé pouvaient être entendus contre lui, cette anomalie provient de ce que souvent il n'y aura d'autres témoins de ce crime que les esclaves².

Ce n'est point en présence de la quæstio que le patient sera soumis à la torture, un préposé recueillera ses déclarations et les communiquera ensuite aux judices. Il n'entre point dans notre dessein de décrire les moyens d'extorsion qu'avaient imaginés les Romains, disons seulement qu'un supplice fréquemment employé était le chevalet sur lequel on étendait le patient après lui avoir attaché les membres au moyen de cordes qui passaient dans des vides ménagés près de la tête et des pieds ; on se borna d'abord à infliger la flagellation au patient ainsi étendu puis plus tard les cordes du chevalet furent tendues de façon à opérer la dislocation des membres. « Le problème de tout bon questionneur juriste était de trouver un moyen de faire beaucoup souffrir sans attaquer notablement les sources de la vie. » Rappelons que la torture ne figurait pas seulement dans les instances criminelles, on y recourt même dans les affaires civiles « posse de servis haberi quæstionem in pecuniaria causa, si aliter veritas inveniri non possit : quod et aliis rescriptis cavetur ; sed hoc ita est, ut non facile in re pecuniaria quæstio habeatur : sed si aliter veritas inveniri non possit, nisi per tormenta licet habere quæstionem³. »

1. M. Esmein, *Le délit d'adultère à Rome*, p. 56.

2. M. Esmein, *loc. cit.*

3. Loi 9, *D. de quæstionibus*.

Les pièces à conviction jouent aussi un certain rôle, elles sont là qui parlent aux yeux des juges et peuvent leur retracer les différentes péripéties de l'action qu'on leur décrit. Quintilien ne se méprend point sur leur importance et il laisse entendre que souvent elles entraînent plus sûrement une condamnation que toutes les ressources oratoires mises par le talent au service de l'accusation ; « et ab accusatoribus cruentum gladium ostendi, et lata e vulneribus ossa et vestes sanguine perfusas videmus et vulnera resolvi ac verberata corpora nudari. » Marc-Antoine, l'orateur, découvrit aux yeux de la multitude les blessures de M. Aquilius accusé de concussion toutes reçues par-devant et dans chacune d'elles il lut à haute voix la date d'une victoire de Rome.

Et en faisant appel à des souvenirs moins sanglants on sait quel succès obtint Hyperides, osant demander aux juges d'Athènes, s'il était permis aux hommes d'accuser les déesses d'impiété, lorsque, sous le voile déchiré de la courtisane, il fit apparaître Vénus elle-même à la barre de l'Aréopage, devenu pour un instant le temple de la beauté !

Par ces exemples on peut se rendre compte de l'influence qu'exerce sur un jury la vue continuelle des objets qui ont servi à la perpétration du crime et dénoncent ostensiblement la cruauté avec laquelle il a été accompli.

Toutes les preuves étant administrées, les témoins à décharge ou *laudatores* vont se présenter « *moris etiam fuit ut rei præter patronos laudatores etiam adhiberent, hi fuerunt aut cives summa auctoritate viri qui in periculo capitis vitam rei in judicio laudaverunt aut municipales rei quos municipia sua publico nomine ejus officii causa Roman miserunt aut homines provinciales, quos singulæ provinciarum civitates ab eo administratæ cum publicâ lau-*

datione ob sublevandum rei periculum miserunt ¹ ». Par leurs éloges, aussi bien que par des gestes dénotant parfois la plus grande humilité, les laudatores s'efforcent d'affaiblir les impressions défavorables qu'a pu laisser sur l'esprit des judices le réquisitoire de l'accusateur et l'audition des témoins à charge. Dans le procès de Milon en 696 l'attitude des laudatores fut des plus humbles. Ne les vit-on pas se précipiter aux genoux des judices, leur baiser les pieds et se maculer la figure en embrassant leurs cothurnes souillés par la boue qui couvrait le forum. Cicéron laisse entendre qu'il est préférable de ne point amener de laudatores quand on ne peut en produire au moins dix « qui decem laudatores dare non potest honestius ei nullum dare, quam illum quasi legitimum numerum consuetudinis non explere » Les laudatores furent supprimés par Pompée en 702, néanmoins lors du procès de Plancus, Pompée vint à l'audience et commença à le louer publiquement, Caton qui siégeait parmi les judices affecta de ne prêter aucune attention disant qu'il ne lui était pas loisible d'ouïr recommander un criminel quand la loi le défendait expressément. Cette partie accessoire de la défense offre peu d'intérêt, moins à cause de la monotonie du sujet que par la médiocrité des orateurs.

L'ennui gagne peu à peu les judices, les uns bâillent, les autres envoient à chaque instant regarder l'heure aux cadrans solaires, les autres causent avec leurs voisins, d'autres se lèvent pour aller parler à des collègues éloignés et quelques-uns moins patients demandent au quæstor de mettre fin à l'audience ². « Videt oscitantem judicem, loquentem cum altero nonnunquam etiam circumstantem,

1. Sigonius, *de judiciis publicis*, l. II, chap. XIX.

2. Voir Rome au siècle d'Auguste, *des jugements publics*.

mittentem ad horas, quæsitorum ut dimittat rogantem ¹ ». Ayrault fait remarquer combien de telles licences sont regrettables puisqu'elles ont pour effet de laisser entrevoir à l'accusé le peu de cas que l'on fait des actes louables qu'il a accomplis antérieurement. « Les juges branle-têtes, dit-il, auraient bien dû penser à cela pour se chastier de cette imperfection, et encore plus ceux qui bécotent par des brocards ou propos fâcheux les parties qui plaident devant eux ou les conseils des dictes parties. » Ce qui ne produit guère plus d'impression sur l'esprit des juges, c'est l'attitude dans laquelle se présente l'accusé pour inspirer la pitié ; dès que l'accusation a été soulevée, l'accusé s'est revêtu de vêtements de deuil, ses amis l'ont imité, car tous présument que ce n'est point par les paroles seulement mais aussi par un maintien décent que l'on se concilie la sympathie « non solum dicendo sed etiam faciendo quædam lacrymas movemus : unde et producere ipsos qui periclitentur squalidos atque deformes. » Ce conseil que donne Quintilien sera presque toujours ponctuellement suivi lors de la comparution.

Le moment de voter est arrivé, le héraut annonce que la cause est entendue en prononçant la formule consacrée : « dixerunt » et le préteur ordonne qu'il sera procédé de suite au vote sur les points soumis à la décision des juges. Quant au quæsitor il n'opine point, jus dicit non indicat ; les Romains n'admettaient point qu'on pût être jugé par un juge que l'on n'eût pas agréé auparavant ; judices eligebantur non prætor, c'est la république qui choisissait les magistrats, et non les parties, le quæsitor était absolument libre de faire ce qui dépendait de sa charge comme délivrer une lex, assigner les parties, contraindre les té-

1. Cicéron, *Brutus*, 54.

moins à venir déposer, mais pour tout ce qui dépend de l'approbation et du consentement des parties les seules personnes appelées à se prononcer devaient être celles que les parties avaient désignées ¹.

Dans les premiers temps de la république, les juges donnaient leur opinion à haute voix, en 617 intervint la loi Cassia qui supprime cette manière de voter dans les procès criminels sauf pour le crime de perduellio. En 647 la loi Cælia soumet ce dernier crime à la loi générale. Sylla décide que l'accusé aura le choix entre le vote public et le vote secret (loi Cornelia) s'il opte pour le vote public on tire au sort l'ordre dans lequel chaque *judex* sera appelé à voter « *quin et si gravioribus interrogari potuit reus utrum clam an palam vellet de se ferri sententiam nam Cicero pro Cluentio : quum in consilium iri oporteret, quæsit ab eo reo C. Junius quæsitur clam an palam de se sententiam ferri vellet ; de Oppiniaci sententia responsum est clam velle ferri* ². Au temps de Cicéron le vote est toujours secret et Cicéron regrette cet état de choses, d'après lui le scrutin secret prononce moins de condamnations que ne le faisait le vote public.

L'absolution, l'acquiescement ou le renvoi à un plus ample informé, voilà ce qui termine l'instance. Aucune restriction légale ne vient emprisonner la conviction des juges, toute preuve était admise et aucune d'elles ne se présentait avec un caractère qui dut s'imposer forcément.

On remet à chaque *judex* une tablette de buis recouverte d'une légère couche de cire sur laquelle il grave son jugement avec un stylet. S'il opte pour la condamnation il tracera un *C. condemnno*, s'il est partisan de l'acquies-

1. Ayrault, *De l'ordre et de l'instruction judiciaire*, page 237 (édition de 1610).

2. Matheus, *De criminibus*, XVII, 2.

ment ou s'il n'est pas suffisamment éclairé il creusera un A (absolvo) ou N. L. non liquet, puis relevant sa toge sur l'épaule droite de façon à se découvrir le bras il déposera sa tablette dans l'urne en ayant soin de tenir contre la paume de la main la partie sur laquelle est incisée la sentence. Au début, il n'y avait qu'une urne dans laquelle tous les votes étaient réunis, à partir de la loi Fuffia rendue en 695 sur la proposition d'Aurelius Cotta, chacune des décuries doit remettre ses tabellas dans une urne spéciale, mais cette manière de voter est sans influence sur le résultat définitif pour lequel on exige la majorité des suffrages. Le partage entraîne l'acquittement de l'accusé « in consilium erant ituri iudices XXXII sententiis, sententiis XVI absolutio confici poterat ¹ ».

C'est après le dépouillement des suffrages que le quæstor prononce la formule fecisse ou non fecisse ou ad amplius cognoscendum « mos veterum erat ut si solvendus quis esset, statim absolveretur : si damnandus statim damnaretur, si causa non esset idonea ad damnationem, absolvi tamen non posset amplius pronunciaretur. » Si le jugement emporte condamnation, le quæstor, suivant une ancienne coutume, se dépouille de sa toge prétexte comme pour annoncer qu'il va accomplir un pénible devoir.

« Dans tous les judicia publica les peines étaient fixes ; elles ne comportaient ni maximum ni minimum, n'admettaient ni aggravation ni atténuation. Lorsque le vote de la majorité des iudices avait été Condemno, le prêteur ou iudex quæstionis n'avait qu'à appliquer exactement la peine indiquée par la loi, il n'avait pas à la mesurer au fait, elle était immuable, il n'y avait pas de milieu entre l'absolution et la condamnation ². »

1. Cicéron, *pro Cluentio*, 27.

2. M. Esmein *op. cit.* p. 29.

« Facti quidem quæstio in arbitrio judicantis, pœnæ vero persecutio non ejus voluntati mandatur sed legis auctoritati reservatur ¹ ». On trouve cependant dans Suétone un texte où nous trouvons quelque chose d'analogue à des circonstances atténuantes ².

« Et quum de falso testamento ageretur omnesque signatores lege Cornelia tenerentur non tantum duas tabulas, damnatoriam et absolutoriam simul cognoscentibus dedit sed tertiam quoque qua ignocerentur iis quos fraude ad signandum vel errore inductos constitisset ³. » Lorsque la sentence est rendue le condamné ne peut plus présenter aucune observation « Illud probare non possum quod nonnulli scripserunt, reum post condemnationem ad defensionem admittendum esse, quippe non possit judex admittere defensionem rei, nisi etiam retractet sententiam suam at non licet judici mutare sententiam semel dictam ⁴ ».

Si les juges décident que l'affaire n'a pas été suffisamment éclaircie par les débats qui ont eu lieu en leur présence, il faut procéder à une nouvelle discussion pour laquelle le quæsitör fixe un jour d'audience. Valère-Maxime rapporte que dans le procès de L. Cota accusé par Scipion du crime de concussion, les judices déclarèrent huit fois que leur conscience n'était pas suffisamment éclairée.

La procédure de l'ampliatio est aussi complète que celle de l'instance primitive, l'accusateur est entièrement libre de fournir de nouvelles preuves, l'accusé peut confier à

1. Loi 1, § 4, *Dig.* 48. 16.

2. En ce sens Geib. *op. cit.* p. 363, *in den quæstiones perpetuæ* blos über die strafe des flaglichen *lex abgestinnt*, und daher überall blos Zwischen ganzlicher freissprechung oder voller verurtheilung gewählt t werden dürfte.

3. Suétone Octave, Aug. chap. XXXIII.

4. *Matheus de criminibus*, titre XVII, chap. I.

d'autres patroni le soin de sa défense. Mais les Romains ne pensaient pas qu'il fut équitable que l'accusé eût plusieurs fois l'avantage de prendre la parole en dernier lieu ils voulaient que l'accusateur lors du second procès parlât le dernier ¹.

C'est aussi l'opinion de Sigonius « id est ego interpretor, novum accusatoris et rei citationem. In hac vero actione contra factum est in posteriore, hic contra prius defensor, posterius vero iterum actor ² ».

M. Laboulaye combat vivement cette opinion en prétendant qu'elle repose uniquement sur un texte interpolé et il ajoute qu'un tel usage eût été tout à fait contraire à ce principe d'équité qui veut qu'en tout procès la dernière parole appartienne à l'accusé ³.

Pendant l'intervalle qui séparait les deux procès la condition de l'accusé est la même qu'avant la première instance.

A côté de l'ampliatio a figuré une autre procédure, que l'on a été contraint de créer, car les judices pouvaient lasser la patience populaire, en prononçant des renvois successifs, grâce à la comperendinatio cela ne fut plus à redouter au moins dans les procès de concussion. « Glaucia primus tulit ut comperendinaretur reus antea vel judicari primo poterat, vel amplius pronuntiari. Utram igitur putas legem molliorem opinor illam veterem, qua vel cito, vel tarde comdemnari licebat ⁴. »

Une seconde plaidoirie a lieu un jour franc après la première sans qu'il soit nécessaire que les jurés aient prononcé le non liquet.

1. En ce sens Ayrault, p. 519.

2. Sigonius, liv. II, chap. IX.

3. V. Laboulaye, *Essai sur les lois criminelles des Romains*, p. 380.

4. Cicéron *act. II, in Verrem*. IX.

La *comperendinatio* existe-t-elle dans toutes les *quæstiones*? On pense généralement que non, et cette division ne se rencontre que dans les procès de *concussio*. Il y a des distinctions essentielles entre l'*ampliatio* et la *comperendinatio*; la *comperendinatio* ne résulte pas de la volonté des *judices*, elle résulte de la loi et a lieu le surlendemain du premier débat, et fait partie de la première instance; l'*ampliatio* au contraire est prononcée par les *judices* qui trouvent que des indices trop graves empêchent l'acquiescement et que des doutes sérieux s'opposent à une condamnation, elle a lieu à l'époque qu'il plaît au *quæstor* de fixer et elle est tout à fait indépendante de la première instance.

La *comperendinatio* disparaît avec la république quand les procès de *concussio* sont déferés au sénat.

Le préteur après le prononcé de la sentence lève la séance en faisant prononcer par le héraut la formule « *Ilicet.* »

DES PROCÉDURES QUI SUIVENT LE JUGEMENT ET SURTOUT DE L'APPEL

Si l'accusé est renvoyé des fins de la plainte, il peut arriver que l'accusateur soit attaqué par plusieurs actions. Peut-être a-t-il prévarié, tergiversé ou calomnié ? « Accusatorum temeritas tribus modis detegitur, et tribus pœnissubjicitur : aut enim calumniatur aut prævaricantur. aut tergiversantur.

Calumnia est falsa crimina intendere : prævaricari vera crimina abscondere : tergiversari in universum ab accusatione desistere ¹ ».

La peine des calomniateurs est déterminée par la loi Remnia « calumniatoribus pœna lege Remnia irrogatur » la date de cette loi nous est inconnue, et nous savons seulement de ses dispositions qu'elle condamnait les calomniateurs à être marqués sur le front de la lettre K. M. Esmein pense qu'en matière de calomnie il y eut deux doctrines successives, à l'origine il suffisait que l'accusation n'eût pas réussi pour que l'accusateur pût être condamné comme calomniateur, mais c'était une théorie bien dangereuse avec le jury, aussi en vint-on à déclarer que celui-là seul pouvait encourir les peines de la calomnie qui était de mauvaise foi, une simple faute ne suffisait pas pour cela ².

1. Dig. loi I, *ad Senatus cons. Turpillianum*.

2. Cf. *le délit d'adultère à Rome*.

Plus loin, dans le même texte, nous trouvons une définition de la prévarication ; c'est la collusion de l'accusateur et de l'accusé qui se produit soit en omettant des preuves décisives, soit en se contentant de justifications sans fondement ; la peine encourue par le prévaricateur est fixée arbitrairement par le juge.

La tergiversation ou désistement collusoire de l'accusation peut se produire de différentes façons, l'accusateur transige avec l'accusé ou laisse l'instance se périmer. Si à la suite de l'inquisitio que fait l'accusateur pour réunir les divers éléments de l'accusation, il s'aperçoit que les faits reprochés à l'accusé ne sont pas établis, le désistement est légitime, mais il est nécessaire de faire connaître au quæstor les motifs de l'abstention car l'action ne peut être abandonnée qu'avec son autorisation « qui permissu imperatoris ab accusatione destitit impunitus est » ¹. Si la religion du président de la quæstio a été surprise, l'accusateur devient passible d'une peine laissée à l'arbitraire du juge comme au cas de prévarication.

La tergiversation peut également résulter de l'adandon direct ou déguisé de l'accusation provenant de la péremption d'instance. Sous Auguste le délai assigné à l'accusateur pour obtenir un jugement est d'une année, si par négligence il reste inactif pendant ce laps de temps, la péremption est acquise, mais l'accusateur s'expose à un châtiment. La peine qui doit être infligée varie, si le coupable est d'une classe élevée, on confisque ses biens, si au contraire il s'agit d'un individu d'un rang inférieur c'est la relégation qui est applicable.

Après le prononcé de la sentence, le condamné peut-il interjeter appel ? M. Mainz dit « que contrairement à

1. Loi 13, ad S. Cons. Turpilli.

un principe fondamental de la constitution républicaine, les jugements des tribunaux permanents sont à l'abri de tout recours même de l'appel au peuple. Pour expliquer cette particularité, les auteurs modernes ont imaginé diverses hypothèses : habituellement on cherche à écarter la difficulté en disant que les tribunaux permanents constituent une représentation du peuple, il est impossible cependant de considérer comme représentants de la nation les délégués du sénat, choisis exclusivement dans ce corps la question est d'une solution bien simple quand on tient compte de ce que dans l'origine nos jugements avaient un caractère purement civil, or la décision d'un juge civil fût-il le plus infime est à l'abri de tout recours. Ce fait qui peut paraître constituer une anomalie n'a rien de surprenant si l'on admet avec nous que la juridiction civile de l'état repose originairement sur la soumission volontaire des parties qui, ayant contracté un pari sur la réalité de leurs prétentions respectives, chargent un ou plusieurs de leurs concitoyens de statuer sur ce pari ; dans l'origine et pendant plus de huit siècles le principal mode d'introduire une cause en justice était la *legis actio sacramenti*. Dans les premiers temps l'action de *repetundis*, s'introduisait au moyen de la *legis actio* : Cela étant, comment seraient-elles admises à attaquer la décision de celui ou de ceux qu'elles ont librement choisis pour juger leurs contestations¹. »

M. Walter sans indiquer les motifs de son opinion adopte ce système « quant aux quæstiones qui étaient instituées par le peuple et aux commissions qui le représen-

1. V. *Nouvelle revue, hist. de dr. fr.* — *Esquisse de dr. criminel romain*, par Ch. Mainz, p. 22. V. aussi p. 14.

taient, leurs sentences ne pouvaient donner lieu à la provocation ¹.

Geib nie aussi la possibilité de l'appel ².

Nous acceptons volontiers la doctrine de ces auteurs, oui, en principe l'appel n'existe pas, mais nous pensons qu'il y a une double dérogation à cette règle pour ce qui concerne les crimes de violence et de lèse-majesté. Cicéron nous indique ces deux exceptions dans sa première philippique. « Altera promulgata lex est, ut de vi et de majestate damnati ad populum provocent si velint ³. » En présence d'un texte aussi formel nous croyons devoir nous incliner et admettre dans ces deux cas la possibilité de l'appel.

L'intercession d'un magistrat ne pouvait pas paralyser la sentence rendue par une quæstio ⁴.

DE LA CONTUMACE

Si les Romains permettent à l'accusé de se soustraire à une condamnation c'est qu'ils ne considèrent pas l'exil comme un supplice plus doux que la mort. On ne peut condamner l'accusé absent à la peine portée pour le crime, on sanctionne seulement l'exil volontaire qu'il s'est imposé en prononçant contre lui l'interdiction de l'eau et du feu, sauf le cas de restitutio le condamné ne peut rentrer à Rome. Si l'accusé n'est pas en fuite et ne produit pas

1. Walter trad. par Picquet-Darnesme p. 107. — Voir dans le même sens *Le dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, par M. M. Saglio et Daremberg, p. 330.

2. Geib., *op. cit.*, p. 387, *hiernach aber bleibt nun in der that blos die Zweite meinung übrig. Keine provocation zulärssig gewesen ist und Wirklich dieses auch sehr gut erklären.*

3. Cicéron, *Philip.* I, cap. ix.

4. En ce sens, Laboulaye, *op. c.*, p. 143. — Mainz, *op. c.* p. 4.

d'excuse valable on vote comme s'il était présent et la peine fixée par la loi est prononcée sous forme conditionnelle.

« Si M. Postumius ante calendas martias non prodisset citatusque eo die non respondisset, videri eum in exsilio esse, bonaque ejus venire, ipsi aqua et igni placere interdici ¹ »

Octave décide, pour que les intérêts des accusés ne soient pas complètement abandonnés dans ces sortes de procès que le vote des juges doit avoir lieu à haute voix et que l'unanimité des suffrages peut seule entraîner la condamnation. Sous l'empire, ces règles reçurent quelques modifications, il ne fut plus possible de condamner un absent, l'accusé qui ne comparait pas est sommé d'avoir à se présenter.

« Divi Severi et Antonini magni rescriptum est, ne quis absens puniatur : et hoc jure utimur ne absentes damnentur : neque enim inaudita causa quemquam damnari æquitatis ratio patitur et ex hoc annus computatur ad se purgandos ² ».

Si, à l'expiration du délai, la contumace dure encore le fisc peut s'approprier les biens « anni spatium ad occupanda bona ejus, qui requirendus adnotatus est pertinet ³ ».

DES PEINES PRONONCÉES PAR LES QUÆSTIONES PERPETUÆ.

« Les lois royales, faites pour un peuple composé de fugitifs, d'esclaves et de brigands, furent très sévères. L'esprit de la république aurait demandé que les décem-

1. Tite Live, 23-4.

2. Loi I, liv, 48, titre XVII.

3. Loi 2, *eod tit.*

virs n'eussent pas mis ces lois dans leurs douze tables ; mais des gens qui aspiraient à la tyrannie n'avaient garde de suivre l'esprit de la république ¹.» Ce n'est point à cette époque qu'il faut se placer pour rechercher dans les lois romaines ces caractères de douceur et de modération dont nous parle Tite-Live, c'est plutôt au moment où les *questiones perpetuæ* sont instituées.

Avant d'aborder l'étude détaillée des peines appliquées par les commissions permanentes, nous devons attirer l'attention sur deux idées fondamentales de la théorie romaine relative aux peines. Il y a inégalité dans les châtiments, et fixation arbitraire des peines.

De nombreux textes montrent que les citoyens romains, les étrangers et les esclaves ne sont point tous traités avec autant de sévérité ; les citoyens romains comme nous l'avons fait observer à propos des lois *Valeriæ* jouissent du droit d'appel et peuvent réclamer la juridiction des *comices*, les étrangers au contraire ne sont point admis à bénéficier de ce droit ; s'il est nécessaire de recourir à des mesures préventives on confiera le citoyen à un magistrat dans le domicile duquel il sera *in libera custodia*, les pérégrins se trouveront dans une situation beaucoup plus désavantageuse, on pourra les charger de chaînes et les jeter en prison ; un proconsul les condamne à une peine capitale sans qu'il puissent appeler de cette décision. Quant aux esclaves leur condition est moins favorable encore, de riches personnages possédant jusqu'à quinze ou vingt mille esclaves maintenaient l'obéissance et la discipline par un système de terreur et par les châtiments les plus cruels ; l'esclave pouvait être mis à mort sur l'ordre de son maître sans autre forme de procès. Ce fut seulement

1. Montesquieu. *Esprit des lois*, livre VI, chap. xv.

sous les Antonins que le droit de vie et de mort, sur leurs esclaves, fut enlevé au maître.

« *Majores nostri in omni supplicio servos quam liberos, famosos quam integræ famæ homines punierunt* ¹. »

« *Aliter puniuntur ex iisdem facinoribus servi quam liberi ; aliter qui quid in dominum parentemve ausus est, quam qui in extraneum, in magistrum vel in privatum* ². »
In ejus rei consideratione ætatis quoque ratio habeatur.

Aujourd'hui nos lois n'établissent aucune distinction pour la répression entre les personnes de conditions différentes, si les juridictions compétentes peuvent varier à raison des fonctions dont sont investies certaines personnes, il y a un principe qui domine notre droit pénal aussi bien que notre droit civil : c'est l'égalité de tous devant la loi.

Dans les premiers temps de Rome, il y avait peu de lois établissant à l'avance les châtimens que devaient entraîner certains crimes. Le coupable est traduit devant les comices qui statuent souverainement et se trouvent remplir simultanément le rôle de législateur et de juge, fixant à la fois les caractères du délit et déterminant les peines.

Les quæstiones perpetuæ au fur et à mesure qu'elles s'organisent, indépendamment des autres modifications si heureuses qu'elles apportent au droit criminel, tendent à faire disparaître cette incertitude ; les lois qui créent une commission permanente, nous l'avons déjà répété bien souvent, indiquent en même temps que le crime pour lequel elles sont compétentes, la procédure à suivre et la peine à infliger.

1. Loi 28, § 16, *Dig. De pœnis*.

2. Loi 16, § 3, *eod. tit.*

Sous l'empire des quæstiones perpetuæ les peines qui peuvent être prononcées sont : 1° la mort, 2° l'exil sous la forme de l'aquæ et ignis interdictio et de la déportation, 3° l'amende, 4° certaines incapacités spéciales.

I. — *La mort.* — La peine de mort qui, sous les rois, avait été la seule peine capitale devint de plus en plus rare sous la république ; grâce à l'usage d'accorder au prévenu la liberté moyennant des cautions (*vades publici*, il avait la faculté de se soustraire par un exil volontaire à la peine dont il était menacé (Voir Mainz, *op. c.*, p. 27. Au commencement de Rome cette peine apparaît sous la forme de consécration aux dieux : *sacer esto* ; et c'est à l'aide de la hache ou de la pendaison, *arbori infelici*, qu'elle s'exécute ¹. La loi des douze tables multiplie les cas d'application de la peine de mort : celui qui aura la nuit furtivement coupé ou fait paître des récoltes produites à la charrue, s'il est pubère sera dévoué à Cérès et mis à mort « *frugem quidem aratro quæsitam furtim noctu pascuisset ac secuisse puberi XII tabulis capitale erat suspensumque Cereri necari jubebant* ». Il en est de même de celui qui aura incendié une maison ou une meule de froment amassée près d'une habitation ; le voleur pris en flagrant délit, si c'est un esclave est battu de verges et précipité de la roche Tarpeïenne ; cette dernière peine fut modifiée dans la suite « *sed postea improbata est asperitas pœnæ et tam ex servi persona quam ex liberi quadrupli actio prætoris edicto constituta est* » ².

A l'époque des quæstiones perpetuæ, il y a peu d'exécutions capitales, on sait en effet que la faculté de s'exiler

1. Tite Live, I, 26.

2. Gaius, III, 189.

est laissée à tout citoyen jusqu'au prononcé du jugement.

Les exécutions se faisaient au moyen de la hache, parfois aussi le condamné était pendu, parfois précipité de la roche Tarpeïenne.

La roche Tarpeïenne se dresse à l'extrémité méridionale du mont Capitolin, à gauche du spectateur qui contemple le forum ; aujourd'hui les anfractuosités du rocher sont parsemées de violiers jaunes et de giroflées roses et les maisons qui y sont encastrées empêchent de se rendre compte de la hauteur d'où furent précipités Manlius Capitolinus et tant d'illustres citoyens dont le seul crime était de porter ombrage à la médiocrité populaire.

Dans la prison Mamertine se faisaient aussi des exécutions et nous nous permettons d'emprunter la description de ce lieu célèbre à un ouvrage récent qui a le double privilège de ranimer pour quelques instant des figures justement célèbres et de raviver les impressions de ceux qui ont visité ce lugubre cachot : « Ce n'est pas sans une certaine sensation qu'aux flamboyantes lueurs d'un cierge on contemple ce lieu ménagé par le temps qui, des âges primitifs de Rome, n'a complètement respecté qu'un cachot et un égout. L'heure qui pour d'illustres malheureux a cheminé bien lente au fond du Tullianum, se dissipe rapidement quand on y parcourt en peu d'instant une si longue suite de siècles, en évoquant à leur dernier logis tant de grandes ombres. Cette geôle était, comme nous la voyons quatre à cinq siècles avant les Césars, au temps des décemvirs, lorsque poursuivi par la vindicte d'un peuple voué jusqu'à la férocité aux passions de la justice, Appius Claudius après le parricide héroïque de Virginie se supplicia dans cette prison. C'est Manlius Capitolinus réduit à invoquer vainement pour sa défense contre l'en-

vieux Camille, trente ennemis tués de sa main, ses huit couronnes civiques, ses trente-deux récompenses militaires et les cicatrices qui décoraient sa poitrine ! Il fut plongé dans l'affreux Tullianum. Bientôt Rome étendant ses conquêtes, la prison bâtie par Ancus devint la suprême résidence des rois vaincus de l'univers. Persée qui orna l'ovation de Paul-Émile, a pleuré sous la voûte du Tullianum ; on l'en tira pour le confiner à Albe où il se laissa mourir de faim. Puis, survient dans cette hôtellerie du meurtre, Syphax, roi de Numidie, qui tint si longtemps la campagne et que n'auraient pu dompter Marius et Sylla réunis, si la trahison du roi de Mauritanie ne l'eût livré à la république. En descendant du Capitole où il avait figuré au char triomphal de Marius, Jugurtha comme un acteur dont le rôle est fini fut déshabillé et jeté au Tullianum : « Par les Dieux, s'écria-t-il, comme on l'écroutait, que vos étuves sont froides ! » Pour expirer là, six jours d'inanition lui suffirent. C'est au Tullianum que furent étranglés Cethegus, Gabinius et les autres hardis complices de Catilina, après que Cicéron eut entraîné dans cette geôle Lentulus leur chef, qu'il fit mettre à mort le premier, procédant en personne à cette besogne sommaire. Cicéron ne prévoyait guère qu'un jour, pour le punir d'avoir cru sauver la patrie, une loi de circonstance et d'exception viendrait confisquer ses biens et le pousser en exil. Aristobule et Tigrane, après le triomphe de Pompée, furent incarcérés selon l'usage dans la prison Mamertine. Le vaillant et blond guerrier des Gaules, Vercingétorix qui présenta à Jules César un ennemi digne de lui, qui le harcela, qui le battit même, qui pour repousser l'étranger de sa patrie fit des prodiges de tactique et d'activité, Vercingétorix le premier en date des grands généraux de notre France, le noble vaincu du siège d'Alésia

s'offre en holocauste pour apaiser le proconsul et obtenir le salut des siens. Vêtu de sa plus riche armure, il sort tout seul de la ville sur son cheval de bataille et courant au galop jusqu'à la tente où tenait son plaideur le grand Jules, il s'élance à terre devant lui, et jette à ses pieds son javelot, son casque, son épée. César impassible, dur et muet, le fit d'un signe entraîner par ses licteurs, on le transporta dans la cage Mamertine pour attendre la cérémonie du triomphe. Elle fut ajournée six ans : Vercingétorix y figura ; puis César le fit assassiner sous la voûte du Tullianum ¹ ».

Pour les parricides le supplice est atroce : c'est la noyade.

« *Pœna parricidii more majorum hæc instituta est, ut parricida virgis sanguineis verberatus est, deinde culleo insuatur cum cane, gallo gallinaceo et vipera et simia deinde in mare profundum culleus jactatur*². » Les *Institutes* nous indiquent que le fer, le feu ne sont point suffisants pour faire expier ce forfait épouvantable « *alia deinde lex asperrium crimen nova pœna persequitur quæ Pompeia de parricidiis vocatur et neque gladio neque ignibus, neque ulla solemnî pœna subicietur*³. Et plus loin nous est donnée la raison de ce châtimement exceptionnel « *ut omni elementorum usu vivus carere incipiat, et ei cœlum superstiti terra mortuo inferatur.* »

Le parricide se trouve ainsi mêlé à des animaux avec lesquels les Romains lui attribuent une similitude de caractère, la vipère et le singe par leur cruauté, le chien et le coq par une ingratitude qui leur fait quelquefois attaquer les auteurs de leurs jours.

Aucune exécution ne peut avoir lieu dans l'intérieur de

1. *Rome*, par Francis Wey.

2. Modestin, *Dig.* loi 9, liv. XLVIII, tit. ix.

3. *Institutes*, liv. IV. tit. XVIII, § 6.

la ville qui est sacrée : la strangulation s'exécute sous terre au fond du Tullianum qui n'est pas censé dans la ville, la précipitation du haut de la roche tarpéienne n'a son effet mortel que hors de la ville, le précipité tombant à la sortie de la porte Carmentale, de même la noyade s'accomplit extra muros, en dehors de la porte Trigemina. Les suppliciés n'ont pas droit aux honneurs de la sépulture, on jette leurs cadavres à l'extrémité du mont Esquilin dans le fameux champ Sestertium, destiné aux exécutions des esclaves, là les corps sont abandonnés aux loups et aux oiseaux de proie.

Nous avons dit que les quæstiones perpetuæ appliquent rarement la peine de mort la loi Pompeia de parricidiis prononce cette peine capitale « si quis autem alias cognatione vel adfinitate conjunctas personas necaverit, pœnam legis Corneliæ de sicariis sustinebit ¹. »

Au cas de sacrilège même sanction.

II. — *De l'aquæ et ignis interdictio.*

C'est la peine appliquée le plus fréquemment par les quæstiones. Dans les premiers siècles de Rome, on n'ose pas prononcer contre un citoyen la peine de l'exil ; un citoyen ne peut perdre son droit de cité par suite de l'ordre du peuple « quum hoc juris a majoribus proditum sit, ut nemo civis romanus aut libertatem aut civitatem possit amittere nisi ipse auctor factus sit. »

Mais peu à peu le caractère sacré qui protégeait le citoyen romain s'affaiblissant, on ne craignit plus de prononcer ouvertement la peine de l'exil. Cicéron dans la loi Tullia fait édicter un exil de dix ans contre ceux qui se rendront coupable du crime de brigue ; déjà la loi Licinia

¹. *Eod. loc.*

avait reproduit cette disposition quand Auguste établit la deportatio à côté de l'ancienne interdictio.

« Les anciens n'imaginaient guère de châtement plus cruel que l'exil.

C'était la punition ordinaire des grands crimes. L'exil n'était pas seulement l'interdiction du séjour de la ville et l'éloignement du sol de la patrie : il était en même temps l'interdiction du culte ; il contenait ce que les modernes ont appelé l'excommunication. Exiler un homme c'était suivant la formule usitée chez les Romains lui interdire le feu et l'eau. Par ce feu il faut entendre le feu des sacrifices, par cette eau l'eau lustrale. L'exil mettait donc un homme hors de la religion. Exclu du culte de la cité l'exilé se voyait enlever du même coup son culte domestique et il devait éteindre son foyer. Il n'avait plus le droit de propriété, sa terre et tous ses biens étaient confisqués au profit des dieux ou de l'état, n'ayant plus de culte, il n'avait plus de famille, il cessait d'être époux et père. Ses fils n'étaient plus en sa puissance : « cui aqua et ignis interdictur, proinde ac mortuo eo liberi desinunt in potestate esse ¹. » Sa femme n'était plus sa femme et elle pouvait immédiatement prendre un autre époux. Il n'est pas étonnant que les républiques anciennes aient presque toujours permis au coupable d'échapper à la mort par la fuite. L'exil ne semblait pas un supplice plus doux que la mort. Les jurisconsultes l'appelaient une peine capitale ².

C'est une chose

Inexprimable, affreuse et sainte que l'exil

Chercher son toit dans l'ombre et dire : où donc est-il ?

1. Gaius, I, 128.

2. Fustel de Coulange, *La cité antique*, p. 234, 235, *passim*.

Songer, vieux, dans les deuils et les mélancolies
 Aux fleurs qu'avec des mains d'enfant on a cueillies
 Ne plus trouver au ciel la couleur qu'il avait
 Penser aux morts ; hélas ! ne plus voir leur chevet
 Hélas ! ne pouvoir plus leur parler dans la tombe
 C'est là l'exil .

L'exil c'est la goutte qui tombe
 Et perce lentement et lâchement punit
 Un cœur que le devoir avait fait de granit¹.

A dix-huit siècles d'intervalle on voit par ces vers que si les mœurs religieuses se sont complètement modifiées, les sentiments qui naissent au cœur des exilés ne varient point et l'exil est encore aujourd'hui une des souffrances morales les plus grandes qu'il soit donné à l'homme d'endurer.

Un grand nombre de quæstiones prononcent l'interdiction de l'eau et du feu, par exemple les lois Cornelia et Julia de majestate, la loi Licinia de sodalitiis, la loi Cornelia de sicariis et veneficiis, la loi Cornelia de Falsis, la loi Julia de vi.

La « deportatio » diffère de l'aquæ et ignis interdictio en ce que le condamné est astreint à la résidence dans un lieu déterminé qu'il ne peut abandonner sous peine de mort, tandis que dans l'interdictio il s'établit là où il l'entend : c'est ainsi que Milon obligé de quitter Rome à la suite de la sentence que n'avait pu prévenir l'attitude tremblante de Cicéron, hésite d'abord sur le choix du lieu où il se rendra et se décide plus tard pour Marseille.

La deportatio est toujours perpétuelle et la relegatio dont on trouve un exemple dans la loi Tullia précitée peut être perpétuelle ou temporaire.

DE L'AMENDE

L'amende ou mulcta existe dès l'origine de Rome, elle

1. Victor Hugo, *l'Année terrible*.

se paye en nature. L'amende minima était d'une brebis, l'amende maxima était de deux brebis et trente bœufs ¹. Sous la république cette peine n'est point abrogée et reste en vigueur devant les *quætionēs perpetuæ* comme le prouvent les lois Julia, Calpurnia et Aufidia de ambitu. Cette dernière loi fixe même un taux exorbitant en condamnant ceux qui sont coupables de brigue à payer pendant leur vie à chaque tribu une somme de trois mille sesterces. La loi *servilia de repetundis* astreint le magistrat *concussio-*naire, non seulement à rembourser les sommes volées mais encore le double de ces sommes : les victimes sont indemnisées, le surplus est versé au fisc ; plus tard les lois Cornelia et Julia de *repetundis* édictèrent une pénalité plus sévère en obligeant le magistrat à payer quatre fois la valeur des sommes détournées.

Quelques auteurs ont prétendu que l'amende ne pouvait être supérieure à la moitié du patrimoine, mais les faits historiques contredisent cette assertion. Tite-Live rapporte que L. Cornelius Scipio surnommé Asiaticus fut condamné à payer une amende dépassant la valeur de ses biens « *quod enim ex bonis redigi non possit* » ². Et les dispositions des lois de *repetundis* que nous venons de citer excluent évidemment cette limitation ³.

Si le condamné refusait de payer l'amende, ses biens étaient vendus aux enchères ⁴.

CONSÉQUENCES DES CONDAMNATIONS PRÉCÉDENTES

Ces condamnations entraînent à leur suite des incapacités

1. Aulu-Gelle, liv. XI, chap. 1.

2. Tite-Live, XXXVIII, 59.

3. V. Mainz, *op. cit.* p. 31.

4. Sur l'application des amendes on peut consulter les nouveaux bronzes d'Osuna, P. Giraud, 1877, p. 29.

tés absolument comme dans notre Code pénal actuel ; c'est ainsi que d'après la loi Julia de repetundis le magistrat concussionnaire est exclu du sénat et déclaré intestabilis ; la loi Calpurnia de ambitu prononce également l'exclusion du sénat et l'incapacité d'être nommé à une magistrature. Ne peut être sénateur ni judex le condamné pour violence (lex Julia de vi privata).

Toute sentence rendue dans un *judicium publicum* entraîne l'infamie « *infamem non ex omni crimine sententia facit, sed ex eo quod judicii publici causam habuit* ¹ ». Les « *infames personæ licet nullis honoribus qui integræ dignitatis hominibus deferri solent uti possint : curialium tamen vel civilium munerum vacationem non habent, sed solemnibus indictionibus ob tutelam publicam eos satisfacere necesse est* ². »

A côté de l'infamie, nous trouvons d'autres conséquences des décisions rendues par les *quæstiones*. Si la peine prononcée est la mort, le condamné devient immédiatement esclave par la seule force de la sentence, il encourt la *maxima capitis deminutio* qui correspond à un anéantissement complet de la personnalité juridique, l'homme tombe au rang de chose, il n'a plus d'état ; tous les droits de citoyen sont perdus en même temps que la liberté. Devenu *servus pænæ* il n'y a plus pour lui de justes noces, de puissance paternelle, de curatelle ou de tutelle, il se trouve assimilé à un esclave avec cette différence toutefois qu'un esclave peut acquérir pour son maître tandis que celui-ci ne peut acquérir pour personne étant esclave de sa peine, ses biens sont généralement confisqués et vendus publiquement.

5. Loi 7, *Dig. de publicis judiciis*

1. *Code*, liv. X. titre LVII.

L'interdictio aquæ et ignis et la deportatio entraînent la media capitis deminutio et les juriconsultes romains quand ils veulent donner des exemples de media capitis deminutio se réfèrent presque toujours à l'hypothèse d'une de ces deux condamnations ; cette capitis deminutio comme le fait observer M. Accarias, t. I, n° 179 n'aboutit jamais à l'anéantissement de la personne juridique puisqu'elle suppose la liberté conservée. En cas d'interdictio aquæ et ignis, l'incapacité ne résulte pas immédiatement de la sentence.

C'est donc du jour où le condamné est incorporé à une autre cité que la media capitis deminutio est encourue ; dès cet instant les droits dérivant de la qualité de citoyen sont perdus pour lui, mais il demeure libre. Comme un pérégrin il peut jouir de certains droits, ainsi vendre et acheter selon le droit des gens, mais ce qui a trait aux droits politiques comme les droits de puissance paternelle et de tutelle ne sauraient désormais lui appartenir. Les biens qu'il possède au jour de la condamnation sont confisqués et vendus publiquement ; c'est ainsi que Cicéron contraint par Clodius d'abandonner Rome et s'exilant à Thessalonique vit confisquer ses biens ; sa maison est brûlée, l'emplacement consacré aux dieux, afin que si jamais il rentrait à Rome les pontifes l'empêchassent de reconstruire sa maison sur un terrain sacré. On sait que moins de dix-sept mois après grâce à Pompée, Cicéron put revoir Rome et il eut des accommodements avec la religion qui permirent la reconstruction malgré la consécration aux dieux.

La relegatio n'entraîne point les mêmes conséquences, la liberté est conservée au condamné, de même que toutes les prérogatives attachées au titre de citoyen romain, aucune capitis deminutio n'est encourue. La condamnation

à l'amende n'emporte aucune déchéance, à moins toutefois qu'elle n'ait été prononcée à la suite d'un *judicium publicum* auquel cas elle entraîne l'infamie.

COMMENT CESSENT LES INCAPACITÉS PROVENANT D'UNE CON- DAMNATION

En principe l'incapacité dure autant que la peine elle-même ; elle persiste donc pendant toute la vie du condamné dans l'hypothèse de l'*interdictio aquæ et ignis* et de la *deportatio* puisque la peine est perpétuelle. Cette incapacité peut cependant cesser et le condamné recouvre dès lors ses droits.

D'après les lois *Calpurnia* et *Pompeia de ambitu*, celui qui fait condamner un individu pour *brigue* est *restitutus in integrum* s'il a été condamné précédemment. Le peuple qui a prononcé une condamnation est maître de la rapporter. Témoin *Camille* rappelé de l'exil lors de l'arrivée des Gaulois sous les murs de Rome ; *Marius* et *Cicéron* rentrant dans Rome après quelques mois d'exil.

L'incapacité peut cesser par la grâce accordée par le prince ; pour apprécier les effets de cette restitution et savoir dans quels biens doit rentrer le condamné il faut examiner la portée des paroles dont le prince s'est servi : ou la *restitutio* est faite *in integrum* et le condamné recouvre son rang, ses honneurs, ses biens ou l'empereur restitue seulement les biens dont le fisc est en possession.

DÉCLIN ET DISPARITION DES QUESTIONES PERPETUÆ

« Un peu plus de cent ans se sont écoulés depuis la première loi qui eut pour conséquence l'établissement d'une espèce de juridiction avec jury jusqu'à la chute de

la république. Pendant cet espace de temps régna une extraordinaire activité dans le domaine de la législation, et les tribunaux avec jury parcoururent tous les degrés de leur développement depuis leur origine peu apparente jusqu'au plus haut point de leur importance, à partir duquel ils commencèrent à s'amoindrir insensiblement pour succomber enfin sous l'influence de la juridiction des magistrats impériaux ¹. »

L'institution des tribunaux permanents a exercé une certaine influence sur la science du droit, dans les jugements des comices en présence de la toute-puissance arbitraire du peuple, il n'y avait pas place pour des argumentations savantes, alors surtout que l'assemblée n'avait guère à juger que des faits qui pouvaient varier à l'infini : accusateur et défenseur ne s'adressaient qu'aux sentiments des juges.

Devant les tribunaux permanents dont la compétence était spéciale et déterminée il n'en fut plus de même, dans plusieurs occasions a dû s'élever la question de savoir si tel fait reproché à l'accusé avait le caractère délictueux qui pouvait le soumettre à la juridiction de tel ou tel tribunal, la décision juridique a pu avoir libre cours, et la science du droit a vu étendre son domaine ².

Au commencement de l'empire les *quæstiones perpetuæ* existent encore avec leurs formes anciennes, mais ces juridictions sont trop libres et trop indépendantes pour se plier assez facilement au capricieux despotisme des premiers princes. A côté des *quæstiones*, garantie de la souveraineté populaire, vont être établis des tribunaux extraordinaires qui leur raviront leurs principales attributions.

1. Zumpt, *op. cit.*

2. V. Mainz, *op. cit.* p. 21 et suiv.

Auguste, tout en respectant les magistratures de la république, élève à côté d'elles des magistratures nouvelles qui, modestes au début, prennent au gré du prince de plus en plus d'extension. Le sénat qui est à la discrétion de l'empereur devient le juge de droit commun des sénateurs. Auguste établit la juridiction du préfet de la ville. Tibère accentue l'œuvre d'Auguste, souvent il a assisté aux débats des quæstiones et il a pu se convaincre que la liberté de la parole y a conservé un dernier asile « et magistratibus pro tribunali cognoscentibus plerumque se offerebat consiliarium, assidebatque juxtim, vel ex adverso in parte primori et si quem reorum dabi gratia rumor esset subitus aderat, judices que aut e plano aut e quæstoris tribunali legum et religionis, et noxæ de qua cognoscerent, admovebat ¹. »

Pour les dépouiller de leur importance Tibère leur enlève le jugement des crimes politiques. La compétence du sénat se trouvant étendue aux crimes de concussion, de brigue... les quæstiones se trouvent réduites à un rôle tout infime, car le prince investi du pouvoir judiciaire en même temps que des autres parties de la puissance publique a toujours la possibilité d'évoquer devant lui les affaires les plus importantes. En général l'empereur ne jugeait pas seul, il était assisté d'un conseil composé de jurisconsultes ou de dignitaires, et son pouvoir d'évocation s'étendait sur toutes les affaires soumises aux différents tribunaux. C'est sous Septime Sévère, en 205, que sont abolies les quæstiones ; un rescrit attribue au préfet de la ville la répression de tous les crimes commis dans Rome et dans un rayon de cent milles. A l'origine, le préfet de la ville avait été créé pour

1. Suétone, *Tibère*, chap. XXIII.

remplacer l'empereur en son absence, mais peu à peu et sous Auguste même ses attributions commencèrent à s'élargir « omnia autem crimina præfectura urbis sibi vindicavit ; nec tantum ea quæ intra urbem admittuntur : verum ea quoque, quæ extra urbem epistola divi Severi ad Fabrium Cilonem præfectum urbi missa declaratur ¹ ».

« Relegandi deportandique in insulam quam imperator adsignaverit, licentiam habet ². »

CONCLUSION

On a dit avec raison que « les Romains possédaient, il y a plus de dix-huit siècles une organisation judiciaire qui, malgré ses défauts, présentait un ensemble digne d'être proposé encore aujourd'hui au respect et à l'imitation des nations modernes. On y rencontrait tous les principes qui, actuellement encore, inspirent et vivifient la législation des peuples les plus civilisés ³. »

L'accusation est publique, tout citoyen peut poursuivre un autre citoyen sans être intéressé directement à la répression du crime « cela était établi selon l'esprit de la république ou chaque citoyen doit avoir pour le bien public un zèle sans bornes ou chaque citoyen est censé tenir tous les droits de la patrie dans ses mains. » Mais ce droit d'accusation confié à tous les citoyens exigeait un patriotisme et des vertus que Rome ne connaissait plus quand elle eut ramassé les vices en même temps que les dépouilles du monde entier.

1. *De officio præfecti urbis*, Dig. loi I, in pr.

2. Loi I, § 3, *eod. tit.*

3. Picquet-Damesme, *op. cit.*

Le droit d'accusation attribué à tous les citoyens, la publicité de l'instruction et des débats, ne constituent-ils pas l'application la plus complète et la plus absolue du principe de la publicité.

C'est l'accusateur qui dirige l'instruction, qui rassemble les preuves et pour que la lutte soit plus égale entre l'accusation et la défense, la détention préventive n'est employée qu'exceptionnellement de façon à ce que l'accusé puisse surveiller plus étroitement les démarches de l'accusateur.

Le quæstor a un rôle moins actif que notre président de Cour d'assises, ce n'est pas à lui qu'incombe la direction unique des débats, il n'interroge pas les témoins, il maintient dans leur rôle respectif l'accusation et la défense et ne participe point au jugement du procès. Dans notre droit, le président dirige les débats, interroge les témoins, statue de concert avec la cour sur l'application de la peine.

Rappelons enfin la modération extrême dans les châtiements, et la faculté qu'a tout citoyen sous le coup d'une accusation de se soustraire à une condamnation par l'exil, faculté qui s'explique par l'absence habituelle de mesures préventives.

Mais nous ne pouvons toutefois louer sans réserve la théorie romaine, notre Code en proclamant l'égalité de tous devant la loi, a fait application d'un principe que Rome ne connaissait pas et qui contrariait l'harmonie de son organisation judiciaire.

Nous avons ainsi esquissé à grand'peine les principaux traits de la procédure devant les quæstiones perpetuæ.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages.
INTRODUCTION.....	1
Établissement des quæstiones perpetuæ.....	7
Procédure devant les quæstiones perpetuæ.....	13
Procédure in jure.....	22
Procédure devant les jurés.....	33
Des procédures qui suivent le jugement et surtout de l'appel.....	36
Declin et disparition des quæstiones perpetuæ.....	73
Conclusion.....	75

DROIT FRANÇAIS

ESSAI

SUR LA CONDITION JURIDIQUE

DES ALSACIENS-LORRAINS

INTRODUCTION

Nous nous proposons d'examiner sommairement, dans cette étude, les questions de nationalité qu'a soulevées le traité de Francfort. Nous nous attacherons surtout à mettre en relief les points sur lesquels la France et l'Allemagne sont en divergence. Notre but n'est point de le disputer de talent et de recherches avec ceux qui nous précèdent dans l'examen de ce sujet délicat, nous avons uniquement tenu à bien nous pénétrer de dispositions qui intéressent tant de nos compatriotes.

Quelque rigoureuses que soient les conditions du traité le plus désastreux que la France ait signé depuis le traité de Paris, en 1763, nous estimons qu'elles doivent être scrupuleusement respectées ; les conclusions que nous déduirons des textes seront sincères, c'est dire que nous n'apporterons ici ni polémique ni passion.

Du reste, comme le fait remarquer Montesquieu, aucune assimilation n'est possible entre le droit civil et le

droit des gens au point de vue des circonstances précédant la formation d'une convention. Si, en droit civil, il est loisible de revenir sur un contrat vicié par la violence, en droit des gens il en est différemment, et cela tient à ce qu'aucune autorité supérieure ne peut intervenir : la force seule domine. Mais pourquoi faire allusion à cette théorie ? Au moment où l'Assemblée nationale, « subissant des conséquences de fait dont elle n'était pas l'auteur » ratifiait les préliminaires de paix, dans la séance du 2 mars 1871, quatre généraux commandant nos armées laissaient entrevoir par leur vote qu'une défense prolongée modifierait peut-être les exigences de l'Allemagne. Nous n'avons pas à rechercher si un suprême effort devait être tenté, s'il était encore possible « d'organiser la victoire », mais il faut admettre, qu'avec les éléments dont on disposait, la lutte pouvait être continuée et qu'un traité signé à ce moment était librement discuté, librement signé, par la France qui avait sous les armes près de trois cent mille hommes tenant depuis plusieurs mois la campagne ¹. Il ne nous est pas permis d'oublier qu'à de rares intervalles, grâce à ces troupes improvisées, le voile de deuil qui semblait s'être étendu sur notre destinée s'est déchiré pour laisser entrevoir à la France l'auréole de la victoire ; sans retracer ici ces jours de tristesse et de ruines dont le souvenir pèse encore sur notre pays, sur sa situation comme sur nos sentiments les plus intimes, rappelons que ce n'est qu'après avoir été battus pendant trois ans par l'armée régulière du Sud que les généraux improvisés du Nord, les Meade, les Grant, les Sherman ont appris à vain-

1. Au 10 février 1871 l'administration de la guerre pouvait mettre en ligne trois cent mille hommes et 1460 bouches à feu. Voir *La guerre en province* par Charles de Freycinet (p. 329).

cre à leur tour et récompensé la longue patience de leurs concitoyens.

Le 2 mars 1871, l'assemblée nationale ratifie les préliminaires de paix signés à Versailles le 26 février précédent, en même temps on décide l'ouverture de conférences à Bruxelles pour la discussion du traité définitif, plus tard le siège des conférences fut transporté à Francfort où fut signé le traité (10 mai). Le 11 décembre était conclue une convention additionnelle dont le but était de déduire les conséquences des principes posés dans le traité du 10 mai.

Voilà où gisent les textes que nous étudierons ; toutefois, avant d'aborder leur examen, nous avons à rappeler quelques idées générales sur l'annexion, sur le système qu'il paraît préférable d'adopter pour déterminer les habitants des territoires cédés dont la nationalité se trouve modifiée, sur l'intérêt de la distinction entre les français et les étrangers.

Nous chercherons ensuite à préciser l'époque de la dénationalisation de l'Alsace-Lorraine.

I. — L'idée qui devrait prévaloir est qu'un peuple doit être consulté avant sa séparation de la mère patrie, il faut tenir compte de ses intérêts et de ses aspirations. C'est la France, la première, qui a tenté de faire triompher cette doctrine rationnelle. Qu'il suffise de rappeler que sous la Révolution après la conquête de la Savoie, de la Belgique, de plusieurs provinces rhénanes le gouvernement déclare que les populations seront consultées sur la réunion de leur pays à la France. Nous trouvons l'application de la même idée en 1860 lors de l'annexion de Nice et de la Savoie et en 1861 dans l'acte de cession de Menton et de Roquebrune dont l'art. 1^{er} est ainsi libellé : « Il est entendu que cette

réunion sera effectuée sans nulle contrainte de la volonté des populations. » La même clause a figuré dans le traité de Prague relativement au Sleswig mais elle n'a jamais été exécutée et un accord intervenu depuis entre les gouvernements considère cette clause comme non avenue. Lors de la réunion de la Vénétie au royaume d'Italie, les populations ont été appelées à se prononcer.

Dans l'antiquité, les agissements du vainqueur différaient sensiblement, aussitôt la victoire, aussitôt le massacre. Cependant peu à peu les mœurs s'adoucissent, la situation des vaincus s'améliore : « Écoutez le vaincu auquel Rome fait grâce de la vie, on lui fait prononcer la formule suivante : « Je donne ma personne, ma ville, ma terre, l'eau qui y coule, mes dieux termes, mes temples, mes objets mobiliers, toutes les choses qui appartiennent aux dieux je les donne au peuple romain ¹. »

Tant que dura la République, il ne vint à l'esprit de personne que les Romains et les autres peuples pussent former une nation ; Rome ne pouvait pas assimiler toute une population étrangère à sa population, tout un territoire à son territoire. Lors donc qu'un peuple était assujéti il n'entrait pas dans l'état romain, *in civitate*, mais seulement dans la domination romaine *in imperio*. Rome ne connaissait que deux sortes de lien, la sujétion ou l'alliance.

Les *dediti* avaient renoncé non seulement à leur gouvernement municipal mais encore à tout ce qui s'y rattachait, c'est-à-dire à leur religion et à leur droit privé ; leur ville pouvait rester debout, mais leur cité avait péri ; s'ils continuaient à vivre ensemble c'est sans avoir ni institutions, ni lois, ni magistrats.

D'autre part étaient les alliés (*socii*) qui continuaient à

1. Fustel de Coulanges — *La cité antique*, p. 245.

avoir, dans chaque ville une constitution propre, des magistratures, un sénat, un prytanée, des lois, des juges, mais ces villes qu'on appelait libres recevaient des ordres de Rome, obéissaient aux proconsuls et payaient des impôts aux publicains ; leurs magistrats rendaient leurs comptes aux gouverneurs de la province qui recevaient aussi les appels de leurs juges. Les institutions municipales périssaient aussi bien chez les peuples qu'on appelait alliés que chez ceux qu'on appelait sujets ; il y avait seulement cette différence que les premiers en gardaient encore les formes extérieures ¹.

II. — Quelle que soit la manière dont ait lieu l'annexion, il importe de savoir quels sont les individus dont la nationalité se trouve modifiée : on peut se placer à différents points de vue et considérer soit le domicile soit l'origine ou exiger ces deux conditions réunies. L'origine est facilement déterminable grâce aux registres de l'état civil qui procurent un moyen facile de connaître les personnes dont le statut est atteint par la cession. Quant au domicile qu'il faut prendre soin de ne pas confondre avec la résidence (car logiquement les conséquences de la cession ne peuvent porter sur une personne résidant tout à fait accidentellement dans la province détachée), nous estimons qu'il répond à une idée plus juste que l'origine ; il est plus naturel, en effet, de réclamer pour sujets du vainqueur ceux qui sont établis sur le sol cédé que ceux qui y sont nés, et ont pu l'abandonner depuis fort longtemps. De plus le domicile présente encore cet avantage de prévenir les réclamations ultérieures puisque les domiciliés

1. Op. cit. 441 442. (passim) 443.

peuvent être informés plus facilement que les originaires des modifications que subit leur statut.

Cette question délicate fait l'objet de vives controverses : M. Louis Renault propose la distinction suivante. 1° si le territoire annexé constitue une nationalité distincte, ayant une certaine autonomie, comme cela s'est présenté pour le Hanovre incorporé à la Prusse en 1866, pour les peuples de la péninsule italique rattachés à l'Italie, ou pour la Belgique en 1792 qui appartenait, il est vrai, à l'Autriche, mais avait cependant une certaine indépendance, l'annexion sans aucun doute produit ses effets à l'égard de tous les naturels du pays annexé. Tous ceux qui, d'après la législation en vigueur dans le pays incorporé, se trouvaient rattachés à ce pays, deviennent les ressortissants de l'état annexant. Dès lors il est équitable de laisser à ces sujets sinon la faculté de conserver leur ancienne nationalité qui a disparu, du moins la liberté de décliner la nouvelle nationalité et d'en acquérir une autre à leur choix.

2° Si au contraire le territoire annexé fait partie intégrante d'un autre état, comme cela s'est présenté pour le comté de Nice et la Savoie, il est préférable de s'en tenir au domicile, lui seul doit jouer un rôle prépondérant.

M. Cogordan, dans son *Traité de la nationalité*, se range comme nous à cette manière de voir : « si l'on cède un lambeau d'un territoire faisant partie d'un grand état centralisé, il sera logique de prendre les domiciliés puisque ceux-là seuls ont une réelle attache avec le pays cédé. En France par exemple un Strasbourgeois ou un Messin était avant tout un Français. Il paraissait donc bizarre dans la cession de l'Alsace-Lorraine de voir un Alsacien-Lorrain habitant Paris atteint par le traité. »

Une doctrine contraire à la nôtre a prévalu dans le traité

INTRODUCTION

de Turin (24 mars 1860 de même que dans le traité de Francfort (10 mai 1871.)

Dans son article 6 le traité de Turin règle la situation des sujets sardes *originaires* de la Savoie et de Nice ou *domiciliés* dans ces provinces qui veulent rester Sardes ; une disposition analogue se rencontre dans le traité du 2 février 1861 (art. 7) portant union de Menton et de Roquebrune à la France par le prince de Monaco.

La Savoie et Nice faisant partie intégrante du royaume sarde, il n'y avait pas de nationalité savoisiennne ou niçoise, le seul fait d'être né en Savoie ou dans le comté de Nice ne devait avoir par lui-même aucune influence et les Sardes domiciliés sur ces territoires auraient seuls dû être atteints par le traité.

Certains publicistes, enfin, sont d'avis qu'il est préférable de s'attacher au double lien de l'origine et du domicile ; pendant quelque temps on a pensé que cette dernière opinion avait triomphé dans le traité de Francfort, où il n'est fait mention que d'une seule catégorie de personnes réunissant les deux éléments de fait. Cette opinion appuyée plus sensiblement par le texte allemand que par le texte français a dû être délaissée après la ratification de la convention additionnelle du 11 décembre 1871.

Nous déterminerons ultérieurement plus nettement les personnes dont la nationalité se trouve atteinte par le traité de Francfort, nous tenions à indiquer dès à présent les criteriums auxquels les gouvernements peuvent s'attacher pour les mutations de nationalité.

III. — Il est très important de préciser les individus dont le statut personnel est modifié par un traité ; les droits dont jouit un Français sont bien plus étendus que ceux concédés à un étranger et avant d'entrer dans le dé-

tail des droits que nous croyons accessibles aux étrangers, disons, que les lois, régissant la perte aussi bien que l'acquisition de la qualité de français font partie intégrante du Code civil et par cela même doivent être interprétées par le pouvoir judiciaire. Les formalités, la publicité, les modes de recours voilà des garanties dont chacun est à même de surveiller l'exécution et qui ne se rencontreraient pas si l'affaire était étudiée administrativement.

Si le Français jouit des droits politiques, l'étranger se les voit dans tous les cas absolument refuser. C'est ainsi qu'il ne saurait prendre part aux élections, soit pour les conseils communaux et départementaux, soit pour les assemblées souveraines, ni être admis au service militaire. La loi du 3 décembre 1849 lui est applicable, et le gouvernement peut l'extrader. A propos de l'extradition, notons une innovation de la loi néerlandaise (6 avril 1875) ¹ qui décide art. 16, que l'individu se prétendant néerlandais et comme tel s'opposant à l'extradition sera traduit devant la haute cour, où il sera statué sur sa nationalité. En France les mêmes garanties n'existent pas, c'est au ministère de la justice qu'on se prononce sur la nationalité et par conséquent sur le point de savoir s'il y a lieu d'extrader selon la demande de la puissance étrangère ; depuis quelques années l'intéressé est interrogé par le procureur de la République et le Sénat est entré dans cette voie de réforme en votant une loi ordonnant que la chambre des mises en accusation statue en audience publique sur ces difficultés.

Un étranger ne pourrait se faire immatriculer dans un consulat.

Dans le droit civil plusieurs théories sont en présence

1. *Annuaire de la Société de législation étrangère*, 1876, p. 655.

et on discute vivement pour déterminer les droits accordés à l'étranger.

Écartons d'abord les étrangers admis par l'autorisation du gouvernement à établir leur domicile en France, on peut presque les assimiler aux Français, leur état, toutefois, et leur capacité sont encore régis par les lois de leur pays. Ils ne sont point astreints à fournir la caution *judicatum solvi*, jouissent du bénéfice de l'art. 14 c'est-à-dire peuvent actionner devant un tribunal français les étrangers même pour les obligations par eux contractées en pays étranger envers des français. Nous restons maintenant en présence des étrangers non autorisés à établir leur domicile en France. D'abord certains droits leur appartiennent en vertu d'articles du Code ou de lois postérieures au code ou de traités. Ainsi l'étranger a la jouissance des droits civils accordés aux Français par les traités passés avec la nation à laquelle il appartient, c'est le système de la réciprocité diplomatique, système auquel la loi du 14 juillet 1819 a apporté une grave dérogation en admettant les étrangers comme les Français à acquérir, soit par testament, soit *ab intestat*, sans qu'aucun traité passé avec la nation à laquelle ils appartiennent ait concédé un avantage réciproque. D'autres lois concèdent, sans condition de réciprocité diplomatique, la jouissance de certains droits : le droit d'être concessionnaire de mines (loi du 21 avril 1810) art. 14, le droit de propriété industrielle, brevet d'invention (loi du 5 juillet 1844 article 25.) — Marques de fabrique, loi du 26 novembre 1873, art. 9.

En dehors de ces droits spécialement accordés, les étrangers ont-ils encore d'autres droits ? d'après certains auteurs les étrangers n'ont que les droits qui leur ont été expressément ou tacitement accordés. (Demolombe I. n^{os} 240 et suiv.).

D'après d'autres, ils ont tous les droits civils excepté ceux qui leur ont été expressément refusés ¹.

Nous pensons avec la jurisprudence qu'il y a des droits dont les étrangers jouissent sans concession, ce sont ceux qui sont basés sur le droit naturel (en ce sens Aubry et Rau I, § 78). Citons un arrêt de la cour de Cassation qui établissant une jurisprudence nouvelle « attendu que la tutelle et la subrogée tutelle déferées aux ascendants dérivent, comme la puissance paternelle, du droit naturel de protection et de la surveillance qui leur appartient sur leurs enfants et descendants », a permis à un étranger d'être tuteur. (Cass. ch. civile, 16 février 1875.)

Sans vouloir approfondir ces théories sur lesquelles nous avons appelé l'attention pour montrer l'intérêt de la distinction entre les Français et les étrangers, rappelons que depuis longtemps l'usage s'est introduit lors du démembrement d'un pays de permettre aux habitants de conserver leur nationalité. Aujourd'hui la doctrine et la pratique sont d'accord, aux XVII^e et XVIII^e siècles on fixait un délai pendant lequel on pouvait émigrer ; l'émigration emportait conservation de l'ancienne nationalité.

Dans l'histoire contemporaine indépendamment du traité de Turin et du traité de Francfort, sur lesquels nous reviendrons en détail, où le droit pour les habitants de conserver leur nationalité est formellement proclamé, nous voyons le traité provisoire de San-Stephano, 19 février 1878 et le traité de Constantinople 8 février 1879 souscrire l'un et l'autre à cette même idée.

« Les habitants des localités cédées à la Russie qui voudraient fixer leur résidence hors de ces territoires seront

1. En ce sens, Demangeat, *Histoire de la condition des étrangers*, n° 36.
— Valette, *Explication sommaire du Code civil*, liv. I, p. 407.

libres de se retirer en vendant leurs propriétés immobilières, un délai de trois ans leur sera accordé à cet effet à partir de la ratification du présent acte. Passé ce délai les habitants qui n'auraient pas quitté leur pays et vendu leurs immeubles resteront sujets russes, » Cette clause contraignant les habitants à vendre leurs immeubles ne figure plus dans les traités modernes et ne s'explique ici que par des conditions particulières aux territoires cédés.

Le système d'option résultant de l'émigration est encore le seul applicable aujourd'hui lorsqu'un État est complètement absorbé par un autre État, il faut accorder un délai suffisant aux habitants pour leur permettre de décliner la nationalité de l'état vainqueur dans le cas où ils considéreraient le rôle de sujets de cet état comme incompatible avec leurs intérêts et leurs aspirations.

Sous la Révolution on procède ainsi lors de l'absorption de la république de Mulhouse et de la république de Genève, mais cela se présente rarement, la plupart du temps une province est détachée d'un État, le droit d'option s'exerce alors sans difficulté entre les deux nationalités. A l'émigration effective, les traités modernes exigent en général qu'on joigne une déclaration faite devant l'autorité.

IV. — Il nous reste à rechercher l'époque de la dénationalisation de l'Alsace-Lorraine dont la conséquence est la dénationalisation des Alsaciens-Lorrains.

L'occupation par une armée ennemie ne fait pas perdre à la partie du territoire ainsi occupée la qualité de territoire français, cette formule empruntée à la jurisprudence est admise sans débat et il n'y a pas lieu de se préoccuper si en vertu d'un prétendu droit de conquête, l'envahisseur a exercé soit l'autorité législative, soit l'autorité judiciaire. L'Allemagne du reste reconnaît que la prise de pos-

session ne coïncide pas avec la dénationalisation puisqu'elle a autorisé les Alsaciens-Lorrains à envoyer des représentants à l'assemblée nationale de Bordeaux.

Deux opinions restent en présence, l'une et autre étayées par des arguments plausibles.

Doit-on fixer au 2 mars, la date de la loi ayant ratifié les préliminaires de paix signés à Versailles le 26 février précédent? En ce sens on trouve un rapport de comptabilité soumis le 1^{er} mars 1875 au Président de la République au sujet de l'emploi des offrandes nationales et qui porte à la colonne des dépenses un paragraphe ainsi conçu : « arrérages payés pour la période écoulée du 5 septembre 1870 au 2 mars 1871, date de leur changement de nationalité, aux Alsaciens-Lorrains titulaires de compléments de pensions ¹.

La cession ajoute-t-on est une des conditions principales de la cessation des hostilités et, du moment où elle a été consentie, c'est qu'il était reconnu par la France que le traité intervenant postérieurement confirmerait nécessairement cet état de choses, de plus, d'après l'article 2 de la convention additionnelle ; l'Allemagne est subrogée dans les charges de la France à partir du 2 mars 1871. Ajoutons enfin que l'Allemagne considère cette même date comme celle de l'annexion des provinces qui lui ont été cédées ².

Nous ne nous rallierons pas à cette opinion appuyée cependant par des autorités imposantes ; les préliminaires de paix servent à édifier la paix définitive, leur état est purement transitoire et ils ne deviennent irrévocables que lorsqu'une seconde convention intervenant ultérieure-

1. Voir *Journal officiel* du 12 juillet 1875.

2. En ce sens, M. Renault à son cours.

ment transforme ce projet en traité définitif. A notre tour recourons à la convention additionnelle elle va nous fournir un texte qui nous paraît décisif.

L'art. 3 est ainsi conçu : « il est entendu : 1° que tout jugement prononcé par les tribunaux français entre citoyens français et ayant acquis l'autorité de la chose jugée avant le 20 mai 1871 sera considéré comme définitif et exécutoire de plein droit dans les territoires cédés. » Au paragraphe 6 du même article et dans l'article 7 nous voyons qu'il est fait allusion à la même date. De ces textes où se trouve fréquemment répétée cette date, extrayons la pensée des négociateurs. Le pouvoir judiciaire, comme on le sait, est exercé par délégation d'un état souverain, or si les jugements émanés de fonctionnaires français sont déclarés exécutoires de plein droit dans les territoires cédés, c'est donc que l'Allemagne reconnaît jusqu'à cette époque l'existence d'une souveraineté à laquelle elle succède. C'est à cette date du 20 mai 1871 que la Cour de cassation dans des arrêts, où elle n'examine la question que subsidiairement, place la séparation de l'Alsace-Lorraine de la mère patrie.

Voir arrêt de la chambre civile, 22 janvier 1872 ; et arrêt de la chambre criminelle, 8 juin 1871.

CHAPITRE PREMIER

TRAITÉ DE FRANCFORT 10 MAI 1871. — CONVENTION ADDITIONNELLE DU 11 DÉCEMBRE 1871

Les plénipotentiaires français avaient obtenu dans les préliminaires de paix signés le 26 février et ratifié le 2 mars l'insertion d'une formule assez vague sur la nationalité : « les intérêts des habitants des territoires cédés par la France en tout ce qui concerne leur commerce et leur droit civil seront réglés aussi favorablement que possible, lorsque seront arrêtées les conditions de la paix définitive. Le gouvernement allemand n'apportera aucun obstacle à la libre émigration des habitants des territoires cédés, et ne pourra prendre contre eux aucune mesure atteignant leurs personnes ou leurs propriétés ». C'est par le traité de Francfort signé le 10 mai 1871 que la question de nationalité devait être tranchée (art 2). Des modifications y ont été apportées par la convention additionnelle du 11 décembre 1871.

Conformément à la théorie que nous avons adoptée, les négociateurs français avaient proposé de s'en tenir au domicile pour déterminer les personnes dont la nationalité allait se trouver atteinte ; suivant eux, devenaient Allemands par suite du traité, les français habitant les terri-

toires cédés au moment de l'annexion. L'Allemagne au contraire repoussait cette manière de voir et soutenait que sous l'indigénat français existait un indigénat spécial alsacien-lorrain en s'appuyant soit sur des souvenirs prétendus historiques, soit sur la situation des états de la confédération germanique.

Voici le texte de l'article 2 du traité du 10 mai : « Les sujets français originaires des territoires cédés, domiciliés actuellement sur ce territoire qui entendront conserver la nationalité française jouiront jusqu'au 1^{er} octobre 1872 et moyennant une déclaration préalable faite à l'autorité compétente de la faculté de transporter leur domicile en France et de s'y fixer, sans que ce droit puisse être altéré par les lois sur le service militaire, auquel cas la qualité de citoyen français leur sera maintenue.

Ils seront libres de conserver leurs immeubles sur le territoire réuni à l'Allemagne. »

On indique implicitement ceux qui changent de nationalité en désignant ceux qui peuvent conserver la nationalité française.

Cette disposition paraît formelle et n'imposer l'obligation d'opter pour conserver la nationalité française qu'aux sujets français originaires des territoires cédés et domiciliés actuellement en Alsace-Lorraine sans y astreindre les originaires non domiciliés et les domiciliés non originaires. Cette interprétation paraît encore plus conforme à la pensée des plénipotentiaires si l'on prend soin de rapprocher la disposition, dont nous venons de rapporter le texte, de l'article 6 du traité de Turin ; on y constatera une différence essentielle « les sujets sardes originaires de l'arrondissement de Nice et de la Savoie *ou* domiciliés actuellement dans ces provinces », il s'agit ici de deux catégories de personnes : les Sardes originaires de Savoie ou

de Nice sans y être domiciliés, les Sardes domiciliés en Savoie ou à Nice sans en être originaires. Dans le traité de Francfort il n'est question que d'une seule classe d'individus réunissant les deux éléments de fait, le domicile et l'origine. La suppression de la conjonction *ou* dans le traité de Francfort par les négociateurs qui avaient nécessairement sous les yeux le texte du traité de Turin dénote clairement une idée d'innovation.

Cette opinion a triomphé pendant quelque temps en France, mais l'Allemagne n'a pas tardé à émettre des prétentions contraires qu'elle a fait insérer partiellement dans la convention additionnelle du 2 décembre.

Nous allons, dans deux sections distinctes, examiner la condition des originaires et celle des domiciliés — si sur un point spécial nous connaissons la jurisprudence allemande nous aurons soin de la mettre en lumière surtout si elle vient contrarier les doctrines reçues en France.

SECTION I. — Les originaires.

On avait d'abord soutenu que tous les originaires n'étaient pas atteints par le traité; mais aujourd'hui aucune hésitation n'est plus permise en présence des termes de l'article 1^{er} de la convention additionnelle qui règle le délai de l'option pour les originaires d'Alsace-Lorraine résidant hors d'Europe. « Pour les individus originaires des territoires cédés qui résident hors d'Europe, le terme fixé par l'article 2 du traité de paix pour l'option entre la nationalité française et la nationalité allemande est étendu jusqu'au 1^{er} octobre 1873. L'option résultera pour ceux de ces individus qui résident hors d'Allemagne d'une déclaration faite, soit aux maires de leur domicile en France, soit devant une chancellerie diplomatique ou consulaire fran-

çaise ou de leur immatriculation dans une de ces chancelleries. »

On s'est demandé si les négociateurs n'avaient point outrepassé leur mandat en consentant à étendre le nombre des individus dont la nationalité se trouve modifiée ; leur rôle devait se borner à déduire les conséquences du traité principal et à résoudre certaines questions de forme et de compétence. Quoiqu'il en soit, cette convention ayant été ratifiée par l'Assemblée nationale va nous servir à préciser les personnes atteintes par le traité. D'après l'article, le domicile est indifférent. Il est impossible d'en restreindre l'application aux individus ayant leur domicile en Alsace-Lorraine et résidant ailleurs, car nulle trace de cette distinction n'apparaît dans l'exposé des motifs, ni dans le rapport de M. le comte d'Harcourt, à la suite desquels la convention additionnelle a été promulguée le 26 janvier 1872.

Du reste laissons au garde des sceaux le soin d'esquisser la théorie découlant de la convention et qu'il fait connaître aux préfets par une circulaire du 30 mars 1872.

« On avait d'abord, écrit M. Dufaure, donné une interprétation restrictive à cette disposition et l'on avait conclu, des termes mêmes du traité, que la nécessité d'une déclaration n'était imposée qu'aux habitants des territoires cédés qui non seulement étaient originaires de ces territoires mais encore y étaient domiciliés au moment de l'annexion. Le doute aujourd'hui n'est plus permis, l'art 4^{er} de la convention additionnelle de Francfort a eu précisément pour objet de régler la condition des Alsaciens-Lorrains qui originaires des provinces cédées n'y sont pas domiciliés. Il en résulte que tous ceux qui sont nés dans les territoires cédés, quels que soient leur âge, leur sexe et leur domicile, sont tenus de faire une déclaration s'ils entendent con-

server la qualité de Français ; à défaut de cette déclaration dans les délais prescrits, ils seront considérés comme Allemands. Au contraire tous ceux qui ne sont pas nés dans ces territoires n'ont aucune déclaration à faire et sont Français de plein droit. »

Remarquons sur ce dernier point que, d'après le traité primordial et la convention additionnelle, aucun doute n'était possible sur la situation des simples domiciliés ; pour perdre la nationalité française il fallait une manifestation de leur volonté ou un fait emportant légalement déchéance, nous verrons plus loin que cette dernière illusion ne devait pas être de longue durée.

Dans la séance de la conférence de Francfort du 19 octobre 1871 monsieur de Clerq, plénipotentiaire français, demanda aux Allemands de définir ce que leur gouvernement entendait par « originaire » ; il désirait que ce terme fût considéré comme ne s'appliquant qu'à l'individu né en Alsace-Lorraine de parents Alsaciens-Lorrains eux-mêmes.

Les plénipotentiaires allemands refusèrent de se ranger à cet avis et de donner aucune explication malgré les demandes réitérées qui leur furent faites. Plus tard, seulement, dans la séance du 7 novembre ils se bornèrent à répondre que l'ambassadeur d'Allemagne à Paris ferait directement connaître au gouvernement français la manière de voir du cabinet de Berlin. C'est dans une lettre adressée par M. le comte d'Arnim envoyé extraordinaire d'Allemagne, à M. de Remusat ministre des affaires étrangères, que le gouvernement allemand révèle, le 18 décembre 1871 ce que l'Allemagne comprend sous la dénomination « d'originaires », « en réponse à la question que vous m'avez fait l'honneur de m'adresser au sujet des personnes que le traité de paix désigne comme originaires des territoires cédés, je m'empresse de vous

informer que le gouvernement impérial considérera comme originaires de l'Alsace-Lorraine tous ceux qui sont nés dans ces territoires, » et monsieur de Remusat acquiesce à cette déclaration du gouvernement allemand (Voir lettre du 29 décembre 1871). « Répondant aux questions que j'avais eu l'honneur de vous adresser au sujet de la définition du terme originaire des territoires cédés, employé dans les conventions entre la France et l'Allemagne, vous voulez bien me faire savoir que votre gouvernement considérera comme originaires de l'Alsace-Lorraine tous ceux qui sont nés dans ces territoires. Je m'empresse de vous remercier de cette communication qui est destinée à résoudre de nombreuses difficultés pratiques ¹. »

Sont atteints par le traité les individus nés sur les territoires cédés qui étaient Français au 20 mai 1871. Examinons à ce sujet deux hypothèses dont la solution n'offre pas grande difficulté. Si un individu né à Strasbourg d'un étranger était devenu Français postérieurement au 20 mai 1871 par application de l'article 9 du Code civil serait-il atteint par le traité ?

Non, car le traité n'a pu lui enlever une qualité qu'il n'avait pas encore. Mais il est plus délicat de statuer sur la condition d'une personne née dans les territoires cédés de parents étrangers, si elle a quitté l'Alsace-Lorraine pour venir habiter une autre partie de la France où elle a fait la déclaration de l'article 9 antérieurement à l'annexion ? Nous admettons, comme on le verra plus loin dans les modes d'acquisition de la qualité de français la retroactivité de la déclaration, et par conséquent astreignons cette personne à accomplir les prescriptions récla-

¹ Voir Dalloz, P. 1872. 3. 23.

mées par le traité si elle veut conserver la nationalité française.

En résumé, est atteint dans sa nationalité tout Français né dans les territoires de l'Alsace-Lorraine cédés à l'Allemagne par le traité du 10 mai 1871 ; il doit, pour conserver la qualité de Français, faire une déclaration d'option alors même qu'il aurait cessé d'être domicilié dans ces territoires au moment de l'annexion.

SECTION II. — Des domiciliés.

Dans l'exposé des motifs du projet de loi portant approbation de la convention additionnelle, M. Thiers rappelle que nos plénipotentaires avaient voulu que l'on s'attachât au domicile pour déterminer les Français dont la nationalité allait se trouver modifiée, c'est un fait positif, facile à déterminer et c'est le critérium qui paraissait devoir être adopté dans la circonstance. Mais cette opinion a été repoussée par l'Allemagne qui s'est attachée de préférence à l'idée plus vague de l'origine. De tous les textes cités jusqu'ici aucun ne fait allusion aux simples domiciliés ; nous n'avons qu'un procès-verbal de la séance du 6 juillet 1871 où les plénipotentaires français demandèrent aux plénipotentaires allemands, si les domiciliés non originaires étaient dispensés de l'option. Il leur fût répondu qu'ils étaient considérés comme Français sans que l'option leur fût imposée.

Cependant la presse allemande avait critiqué la circulaire adressée le 30 mars par M. Dufaure aux préfets où il était dit « que tous ceux qui n'étaient pas nés dans les territoires cédés n'avaient aucune déclaration à faire et restaient Français de plein droit ». Les publicistes allemands soutenaient que les domiciliés comme les origi-

naires étaient atteints par le traité et ils argumentaient de M. Demolombe établissant qu'il est préférable de s'attacher au domicile pour apprécier le changement de nationalité ; argument qui n'a point de valeur car M. Demolombe se place dans l'hypothèse « où il y a pas de disposition écrite et cherche, au moyen des principes généraux, la solution à adopter ».

La chancellerie fédérale n'avait cependant point protesté contre les termes de la lettre de M. de Rémusat (29 décembre 1871), termes si formels qu'ils semblaient exclure toute équivoque : « Je m'empresse de vous remercier de cette communication... dont il résulte que les individus qui ne sont pas natifs des territoires cédés ne seront plus astreints à faire une déclaration d'option pour conserver leur nationalité française quoiqu'ils puissent être issus de parents nés en Alsace-Lorraine ou qu'il restent eux-mêmes en ce pays. »

Et M. le comte d'Harcourt (rapport du 6 janvier 1872) prévient l'Assemblée « que les individus qui ne sont pas nés en Alsace-Lorraine y fussent-ils même domiciliés, seront considérés comme Français sans être astreints à faire une déclaration. Les négociateurs allemands l'ont admis dans la première conférence de Francfort. »

Mais les populations paraissaient deviner les nouvelles exigences de l'Allemagne et le gouvernement français était vivement sollicité de fournir des explications qui permettent à chacun de régler sa situation.

C'est seulement le 14 septembre 1872, que le *Journal officiel* se décide à constater des dissentiments persistants au sujet de l'état des habitants des provinces cédées qui n'y sont point nés, « le gouvernement allemand soutient que tous les domiciliés, qu'ils soient ou non nés dans les territoires cédés, sont obligés pour conserver la nationalité

Française de transférer leur domicile en France avant le 1^{er} octobre 1872. »

M. le comte d'Arnim, dans une dépêche du 1^{er} septembre, avait exprimé ainsi l'opinion définitive de son gouvernement : « le gouvernement impérial a estimé dès le principe que, par le fait même de la cession de l'Alsace et de la Lorraine à l'Allemagne, ses habitants de nationalité française devenaient Allemands sans que cet effet dût même être expressément constaté dans le traité de paix, et l'article 2 n'a eu à ses yeux d'autre sens ni d'autre but que de fixer les conditions par l'observation desquelles une certaine catégorie d'habitants pourrait se soustraire à cette conséquence naturelle de la cession. En exigeant de ces derniers une déclaration formelle d'option en faveur de la France et la translation de leur domicile effectif, il n'a cependant pas entendu dispenser de toute formalité une autre catégorie de personnes qui devenues elles aussi allemandes par suite de la cession du pays, désireraient revendiquer leur ancienne nationalité. »

La surprise fut d'autant plus grande que jusque-là la confiance n'avait guère été ébranlée, il restait quinze jours seulement aux personnes que visait le *Journal officiel* pour effectuer le transport de domicile qui devait, aux yeux de l'Allemagne leur conserver la qualité de Français.

Cette communication tardive est une des raisons qui nous déterminent à admettre l'application de l'art. 48 pour le recouvrement de la qualité de Français par les Alsaciens-Lorrains.

L'Allemagne a exigé pour que les simples domiciliés restassent Français un transfert de domicile en France sans déclaration préalable d'option ; la doctrine allemande prend corps dans une circulaire du 7 mars 1872 de M. de Möller, président supérieur d'Alsace-Lorraine. « Sont

soumis à la déclaration d'option : 1° les natifs domiciliés, au 2 mars 1871 (date reconnue par l'Allemagne comme celle de l'annexion) et 2° les originaires non domiciliés. Ces deux catégories de personnes doivent en outre émigrer. Quant aux simples domiciliés, aucune déclaration n'est réclamée, mais l'émigration est exigée. »

Nous ne considérons pas comme ayant cessé d'être Français par le seul effet du traité, les habitants des territoires cédés qui, sans y être nés, ont continué à y résider depuis l'annexion.

Ils ont pu depuis cette époque perdre la qualité de Français mais seulement par application du droit commun, c'est-à-dire dans les termes des articles 17 et 21.

Ce que l'on doit reprocher à l'Allemagne, c'est l'incertitude dans laquelle ont été laissés si longtemps les intéressés, et le gouvernement français de son côté n'aurait point dû tant tarder à faire connaître les divergences qui existaient entre les deux gouvernements, divergences publiées seulement au moment où beaucoup de personnes étaient dans l'impossibilité d'accomplir les prescriptions qui devaient assurer le maintien de leur ancienne nationalité.

CHAPITRE II

DE L'OPTION

Nous venons d'indiquer les personnes dont la nationalité se trouve atteinte par le traité, nous avons à rechercher maintenant les moyens mis à leur disposition pour conserver la qualité de Français.

Comme dans le chapitre précédent, il faudra distinguer entre les originaires et les simples domiciliés ; les uns ayant à remplir une double formalité, faire une déclaration et émigrer, les autres n'ayant qu'à transporter leur domicile hors de l'Alsace-Lorraine.

C'est à la loi française qu'il faut se référer pour apprécier l'état et la capacité des personnes quant à l'exercice du droit d'option ; c'est le Code civil qui détermine le statut personnel des Alsaciens-Lorrains.

SECTION I. — Les originaires.

Nous avons rappelé dans le chapitre préliminaire les innovations du droit moderne en ce qui concerne la faculté accordée aux habitants des territoires cédés de se soustraire à la nationalité du vainqueur. L'article 2 du traité de Francfort faisant application de cette théorie su-

bordonne le maintien de la nationalité française pour les originaires des territoires cédés à une option régulièrement faite. L'option se compose de deux éléments distincts : 1° une déclaration devant l'autorité désignée par les actes internationaux ; 2° un transport effectif du domicile en France. La déclaration d'option est faite à Metz et à Strasbourg en présence des directeurs de la police ; ailleurs, les directeurs d'arrondissement reçoivent les déclarations des individus placés sous leur juridiction.

C'est muni des pièces établissant son état civil et celui des personnes au nom desquelles il agit, que se présente le déclarant. Les pièces examinées, les renseignements verbaux appréciés, la déclaration est inscrite sur un registre et on remet à l'intéressé une ampliation rédigée en allemand et en français.

En France la circulaire du 30 mars 1872, détermine les formalités : « Quant aux Alsaciens-Lorrains qui résident en France, le maire de leur résidence est aux termes de la convention additionnelle le seul fonctionnaire qui ait qualité pour recevoir les déclarations. Les déclarations seront inscrites sur papier libre et ne devront donner lieu à aucun frais. Afin de simplifier autant que possible les formes et de rendre l'exécution plus rapide, j'ai pensé qu'il suffirait de les consigner sur des feuilles imprimées à l'avance contenant une double formule de déclaration, l'un de ces doubles sera remis au déclarant, l'autre devra m'être transmis par votre intermédiaire ; les déclarations seront centralisées au ministère de la justice pour assurer l'exécution de la disposition finale de l'art. 1^{er} de la convention additionnelle aux termes de laquelle le gouvernement français doit notifier au gouvernement allemand les listes nominatives des déclarants. Enfin les déclarations doivent être insérées au bulletin des lois afin de les mettre à l'abri

de toute éventualité de destruction et de permettre aux intéressés de trouver facilement le titre de leur nationalité. »

Des instructions similaires ont été adressées aux chancelleries diplomatiques et consulaires (voir circulaire du ministre des affaires étrangères du 4 avril 1872), et on admet que l'immatriculation équivaut à une déclaration d'option.

La déclaration doit être faite dans un délai strictement limité, avant le 1^{er} octobre 1872 pour les Alsaciens-Lorrains résidant en Europe, et ceux qui résident hors d'Europe, jouissent d'une prorogation d'un an, c'est-à-dire jusqu'au 1^{er} octobre 1873 ; mais la déclaration ne suffit pas pour la conservation de la qualité de Français par les Alsaciens-Lorrains tout à la fois originaires et domiciliés en Alsace-Lorraine il faut que cette déclaration soit accompagnée d'un transport effectif du domicile en France. L'émigration voilà ce qui vivifie la déclaration qui sans elle n'est qu'une manifestation plus ou moins patriotique ; seule l'émigration indique une volonté suffisamment réfléchie et bien arrêtée de ne pas accepter la nationalité allemande, chez ceux qui abandonnent un pays où ils gardent de chères affections, où se concentrent les souvenirs de plusieurs générations.

L'Allemagne après avoir exigé que le domicile fût transporté en France a bientôt abandonné cette exigence et a reconnu la validité du transfert dans tout autre pays, par exemple en Suisse, aux États-Unis.

Il est facile de prouver la réalité de l'émigration ; pour les industriels, les négociants, aucune difficulté, pour d'autres habitants dont les attaches avec le pays sont moins sensibles il suffit de produire soit un certificat de maire français, soit même une quittance de loyer.

Les options reçues par les autorités françaises, contrôlées au ministère de la justice et inscrites au *Bulletin des lois* sont au nombre de 378,777, celles reçues par les autorités allemandes et régulièrement notifiées au gouvernement français atteignent le chiffre de 159,740 soit en tout 538, 517 options sur 1,517,494 habitants.

Différentes personnes après avoir fait leur déclaration et s'être établies momentanément en France, se sont installées de nouveau en Alsace-Lorraine. Que faut-il penser de la validité de leur option ? N'hésitons pas à admettre qu'un des deux éléments de l'option fait ici défaut et que par conséquent l'option n'est point valable. Ce n'est point une élection de domicile que le traité exige de ceux qui tiennent à conserver la nationalité française, c'est un domicile réel, effectif. L'Allemagne a partagé cette manière de voir et elle l'a appliquée avec beaucoup de sévérité, plus de cent mille options ont été annulées de ce chef et le retour prématuré des Alsaciens-Lorrains était interprété comme une présomption que l'option n'était pas sérieuse.

On a lieu toutefois de s'étonner de la procédure suivie en cette circonstance ; notre Code civil étant encore en vigueur en Alsace-Lorraine, les tribunaux judiciaires seuls auraient dû être compétents pour statuer sur les questions de nationalité ; c'était au contraire l'autorité administrative d'après des enquêtes faites par des agents subalternes de la police qui prenait sur elle d'annuler les options. Nous n'avons point à tenir compte de ces annulations d'autant moins que plusieurs fois les tribunaux allemands n'ont pas hésité à considérer comme parfaitement valables certaines options infirmées par l'autorité administrative.

On invitait les personnes dont l'option était considérée comme viciée à venir la retirer, et pendant quelque temps cette invitation était sanctionnée par des déchéances attei-

gnant ceux qui n'y répondaient pas ; c'est ainsi que dans la période s'étendant du 24 janvier 1873 au 28 avril 1876 toutes ces personnes n'avaient ni le droit d'électorat ni le droit d'éligibilité.

Si les tribunaux français avaient à se prononcer sur des options faites en Allemagne d'après quelles règles devraient-ils se guider ?

Pour ce qui est relatif à l'état et à la capacité, c'est de la loi française qu'il faut s'inspirer, c'est au contraire la loi allemande qu'il faudrait consulter s'il s'élevait des difficultés concernant la forme des actes.

On s'est demandé quelle devrait être la situation de personnes qui ayant régulièrement opté, c'est-à-dire ayant rempli les deux conditions de transfert de domicile et de déclaration étaient revenues momentanément dans les pays annexés ? Ces personnes, à notre avis, conservent la qualité de Françaises, à moins qu'elles ne se mettent dans un des cas de déchéance prévus par les art. 17 et 21 du C. civ. M. le comte d'Harcourt s'est exprimé ainsi dans son rapport sur le projet de loi portant approbation de la convention additionnelle : « quelques personnes ont exprimé la crainte que les individus qui opteraient pour la nationalité Française et transporteraient leur domicile en France n'éprouvassent ensuite des difficultés pour rentrer dans les provinces cédées, ou du moins ne fussent assujettis à certains délais. Nous croyons pouvoir les rassurer à cet égard, car les plénipotentiaires allemands ont affirmé que ces individus seraient libres d'entrer sur le territoire allemand et de s'y fixer au même titre que tout autre étranger¹. »

L'Allemagne a annulé beaucoup d'options, alors que les optants, au lieu de revenir précipitamment après avoir fait

1. Voir *Recueil des actes relatifs au traité de Francfort*, t. II, p. 198.

une sorte de simple élection de domicile en France, y avaient en réalité fixé leur principal établissement.

La seule mesure logique qu'elle pouvait prendre était de recourir à l'expulsion de ceux des optants dont la présence était de nature à entretenir une certaine effervescence dans les esprits. C'est aussi l'opinion de M. le ministre des affaires étrangères consulté en 1872 par M. Deschange, député de Meurthe-et-Moselle : « le retour momentané des Alsaciens-Lorrains, dans les pays annexés sans l'autorisation de l'administration allemande ou contrairement aux prescriptions qu'elle aurait édictées à ce sujet peut sans doute exposer les intéressés à des inconvénients plus ou moins graves, mais ne saurait suffire à lui seul pour les priver du bénéfice de la nationalité dont la conservation est garantie par nos traités avec l'Allemagne. »

Nous verrons quand nous étudierons la situation des mineurs que ces annulations dont il n'y a pas lieu de nous préoccuper en théorie, ont cependant en pratique une importance considérable, quand elles atteignent des jeunes gens dont les parents ont continué à habiter l'Alsace-Lorraine et qui, par suite, se trouvent simultanément appelés à accomplir leurs obligations militaires en France et en Allemagne. Nous avons employé jusqu'ici le terme d'option malgré son impropriété. Les Alsaciens-Lorrains n'ont pas eu à faire choix entre la nationalité française et la nationalité allemande ; cette dernière s'imposait à tous ceux qui ne manifestaient point leur volonté par une déclaration jointe à une émigration effective. Il est cependant une catégorie d'individus pour laquelle le mot option a conservé sa signification ordinaire et s'entend dans le sens de choix, ce sont les soldats et les marins. « S'ils font une déclaration expresse de leur désir de rester Allemands ils sont

immédiatement libérés. » Mais il ne faut pas en conclure *a contrario* que les marins et les soldats qui ont laissé passer le délai légal sans opter pour l'Allemagne sont restés français.

Une circulaire du ministre de la guerre du 5 septembre 1872, a prescrit aux chefs de corps de congédier à partir du 1^{er} octobre 1872 tous les soldats originaires d'Alsace-Lorraine qui n'ont pas expressément opté pour la nationalité française.

SECTION II. — Des domiciliés.

Les domiciliés ne sont point visés par le traité et si les Allemands reconnaissent qu'aucune condition de déclaration d'option n'est nécessaire, ils exigent cependant pour la conservation de la qualité de Français un transport effectif de domicile hors des pays cédés.

Effets de la faculté d'option.

Ceux qui ont usé régulièrement de la faculté qui leur était conférée par le traité de conserver la nationalité française moyennant l'observance de certaines prescriptions doivent être considérés comme ayant toujours été français. Cette condition, qu'elle soit considérée comme suspensive ou comme résolutoire a toujours un effet retroactif. Quant à ceux qui n'ont pas opté, ou, ce qui revient au même, ont opté irrégulièrement, après le délai ou devant une autorité incompétente, ils sont Allemands depuis le 20 mai 1871, il n'y a pas lieu de s'arrêter à l'examen des causes qui ont pu, contre leur volonté, les empêcher de sa-

tisfaire aux exigences du traité ; peut-être le gouvernement pourra-t-il apprécier ultérieurement la valeur des raisons qu'ils allégueront et admettre plus facilement les intéressés à recouvrer la qualité de Français grâce à l'article 18.

Il peut être utile après avoir examiné la situation des Alsaciens-Lorrains, après l'expiration du délai d'option, de se demander quelle elle était pendant ce délai.

Fallait-il considérer les habitants des pays annexés comme Français ou comme Allemands ?

Dans le premier protocole de Francfort, les Allemands ont déclaré que les Alsaciens-Lorrains seraient considérés comme provisoirement Allemands en s'appuyant sur ce que le changement de souveraineté doit coïncider avec le changement de nationalité des habitants.

La jurisprudence française combat cette manière de voir et nous nous rangeons à son avis ; nous pensons que les Alsaciens-Lorrains étaient Français sous la condition résolutoire de l'absence de déclaration de leur part en faveur de leur nationalité d'origine.

Examinons les termes dont se sert fréquemment le traité et sur lesquels insiste un jugement du tribunal de Vesoul en date du 19 juillet 1871 : « Ce sens grammatical des termes : conserver et maintenir, employés à propos de la nationalité française dans l'article 2 du traité du 10 mai 1871 et dont la signification est claire et précise, dénote que dans l'esprit de ce traité la continuation de résidence et l'absence de déclaration contraire jusqu'au terme fixé par ledit article doivent seules imposer à ces habitants la nationalité allemande. »

Les expressions de l'article 2 du traité de paix sont tout à fait favorables à cette doctrine, si par l'effet de ce traité les habitants des territoires annexés avaient perdu la na-

tionnalité française, l'art. 2 aurait dû dire qu'ils pourraient la recouvrer, tandis qu'il se sert d'expressions impliquant qu'ils n'ont pas provisoirement perdu leur nationalité. « Les sujets français qui entendent conserver la qualité de Français jouiront jusqu'au 1^{er} octobre 1872 et moyennant une déclaration préalable faite à l'autorité compétente de la faculté de transporter leur domicile en France et de s'y fixer auquel cas la nationalité française leur sera maintenue. » Il est clair qu'on ne conserve que ce qu'on a encore et qu'une qualité ne peut être maintenue qu'à ceux qui ne l'ont pas perdue ¹.

(Le point soumis à l'appréciation du tribunal était celui de savoir si un Alsacien-Lorrain demandeur devait être soumis à la caution *judicatum solvi*).

Il semble aussi que les habitants des territoires cédés ne sont atteints par la nationalité de l'État cessionnaire que lorsqu'il y a adhésion de leur part, or l'inobservance des formalités et conditions exigées pour le maintien de l'ancienne nationalité, voilà la seule manière de manifester leur adhésion.

Indépendamment du jugement du tribunal de Vesoul, on peut invoquer également l'autorité de la Cour de Nancy dont un arrêt en date du 31 juillet 1871 admet que le sujet français originaire d'Alsace-Lorraine et qui y a son domicile est réputé Français tant que dure le délai fixé pour l'option en faveur de la nationalité française et par suite doit être admis à saisir de son action contre un débiteur étranger le tribunal français dans le ressort duquel a été conclue la convention dont il poursuit l'exécution.

Si on objecte à notre opinion que les habitants des territoires cédés ont été admis à voter pour les élections mu-

1. Voir Sirey, 1871. 2. 129, Note de M. Lyon-Caen.

nicipales, il est facile de répondre : ce n'est point parce qu'ils étaient considérés comme Allemands, mais pour une raison de pur fait : la constitution des municipalités aurait été impossible sans cela.

CAAPITRE III

DES INCAPABLES

C'est à propos des incapables que se sont élevées les difficultés les plus sérieuses ; c'est le point le plus délicat de la matière, car il n'a point été prévu, même lorsqu'il y a eu des conventions sur la nationalité.

Le changement de nationalité résultant d'un démembrement de territoire ne suppose pas la volonté des habitants atteints, d'où cette conséquence qu'en principe le changement s'applique aussi bien aux capables qu'aux incapables. Quand un sujet vient solliciter la faveur d'être naturalisé dans un pays, on peut et on doit examiner sa capacité ; il n'en est point de même lors d'un démembrement, seulement dans ce dernier cas lorsque des moyens sont offerts aux intéressés pour sauvegarder leur nationalité d'origine, il y a lieu de rechercher comment les incapables peuvent décliner la nouvelle nationalité.

Nous étudierons dans des sections distinctes la situation des mineurs, des femmes mariées, des autres incapables.

SECTION I. — Des mineurs.

Sur presque tous les points nous rencontrerons une divergence complète entre les théories allemandes et celles

adoptées en France. Lors du traité de Turin 24 mars 1860, des questions de cette nature avaient déjà surgi et il est très regrettable que les gouvernements n'aient pas établi une doctrine dont les circonstances actuelles devaient rendre l'adoption d'autant plus facile que la cession de territoire était faite en pleine paix et par une nation amie.

Avant d'aborder le traité de Francfort et de consulter les documents qui nous guideront dans l'exposé que nous allons faire incessamment, indiquons les différents systèmes auxquels on peut s'arrêter pour régler la situation des mineurs lors d'un démembrement.

Le mineur peut être considéré comme tout à fait inhabile à choisir sa patrie, soit par quelque intermédiaire que ce soit, soit par lui-même. Il doit suivre de plein droit la nationalité de la personne sous la puissance de laquelle il se trouve. — C'est la théorie de l'administration allemande.

Dans un autre système le représentant légal peut être subrogé par le mineur pour accomplir les différentes formalités de l'option, il est inutile d'examiner si le représentant légal a opté pour lui-même et les effets de la déclaration se produisent en la personne du mineur absolument comme si l'intéressé était majeur.

La France adopte cette manière de voir et considère comme valables les options faites au nom des mineurs par des représentants qui restent soumis à la nationalité allemande.

Mais nous préférons nous ranger à l'opinion que les plénipotentiaires français voulaient faire prévaloir dans les conférences de Francfort et d'après laquelle les délais d'option auraient été prorogés jusqu'à la majorité de chaque enfant, c'est à coup sûr ce qui paraît le plus confor-

me au droit moderne, mais il est juste d'ajouter que cette prorogation de délai en faveur de certaines personnes est de nature à entretenir pendant longtemps dans le pays une certaine agitation.

Dans l'exposé des motifs sont constatés les efforts de nos plénipotentiaires pour faire admettre cette proposition. « Nous aurions désiré l'insertion dans la convention d'une réserve particulière en faveur des mineurs, de manière à garantir la liberté de leur choix dans l'année qui suivrait leur majorité. Cette clause eût été en harmonie avec les maximes de notre droit public qui n'admet pas que, dans les questions d'état, le droit personnel acquis à un individu par le fait de sa naissance puisse être modifié en dehors de sa pleine et libre volonté, mais l'Allemagne professe à cette égard des doctrines différentes et notre manière de voir n'a pas prévalu ¹. »

Nous n'avons plus qu'à nous prononcer entre les deux premières théories, et notre hésitation ne sera pas longue si nous prenons soin de rechercher les déclarations faites par les plénipotentiaires allemands pendant la période d'incubation de la convention du 2 décembre.

A la séance du 6 juillet 1871 ils déclarent qu'il n'y a pas de distinction à établir entre les mineurs émancipés et non émancipés et le concours des représentants légaux sera nécessaire pour la déclaration d'option des mineurs ; à la séance du 13 juillet nous trouvons une approbation de cette théorie : « en ce qui touche les mineurs émancipés ou non, les plénipotentiaires allemands confirment leurs précédentes explications. Il n'y a pas lieu de faire entre eux la moindre distinction quant au droit d'option. »

Dans l'exposé des motifs (séance du 20 décembre), on

1. Recueil des actes relatifs au traité de Francfort, t. II, p. 190.

voit que le gouvernement français se rallie à cette déclaration : « ce qui ressort des explications échangées avec les plénipotentiaires Allemands et recueillies dans les protocoles, c'est que l'option est faite, en ce qui concerne les mineurs avec l'assistance de leurs représentants légaux, dans les délais ordinaires. Tels sont les principes qui régissent désormais une matière d'une importance si capitale pour les populations intéressées. »

Cette doctrine du reste n'est pas en opposition avec les principes de notre loi civile puisque l'idée de la représentation est mise de côté toutes les fois qu'il s'agit d'un acte nécessitant une expression de la volonté personnelle par exemple pour le contrat de mariage, pour l'acte de mariage.

M. Hepp fait observer que les plénipotentiaires allemands, à moins d'avoir complètement méconnu l'importance de la signification de chaque terme, avaient évidemment entendu consacrer la possibilité d'une option personnelle et séparée faite par le mineur et non pour lui avec la simple assistance de ses représentants légaux ¹.

Cette théorie est très rationnelle puisque dans l'autre système l'incapacité du mineur le met dans une situation qui le prive d'invoquer les dispositions protectrices du traité (R. de Cléry).

Voilà donc le droit reconnu, par les déclarations formelles des négociateurs allemands et par le gouvernement français, pour les mineurs de maintenir leur ancienne nationalité mais de nouvelles difficultés vont surgir.

Comment sera-t-il procédé à ce libre choix ? à quelles conditions sera-t-il soumis ?

L'administration allemande prend soin d'indiquer dès

1. Eugène Hepp, *du droit d'option des Alsaciens-Lorrains*, p. 41.

le 16 mars 1872 sa doctrine dans une circulaire de monsieur de Moeller président supérieur de l'Alsace-Lorraine. « Les mineurs non émancipés qu'ils soient ou non nés en Alsace-Lorraine ne peuvent opter ni par eux-mêmes ni par l'intermédiaire de leurs représentants légaux en se séparant de ceux-ci. Si les parents sont encore en vie, ils suivent de droit la nationalité du père. La disposition qui précède s'applique aussi aux mineurs émancipés s'ils sont nés en Alsace-Lorraine, les mineurs émancipés qui ne sont pas nés en Alsace-Lorraine sont en ce qui concerne le droit d'option assimilés aux majeurs. » *Recueil des actes relatifs à la paix de Francfort*, t. II, p. 534.

Par représentants légaux le président supérieur entend les père, mère, tuteur ou curateur, ces deux derniers ne peuvent habilitier le mineur à opter qu'autant qu'ils y sont spécialement autorisés par le conseil de famille. Et l'option n'est considérée comme valable que si le tuteur lui-même reste français.

Ces dispositions ne s'appliquent qu'au mineur non émancipé; pour l'émancipé on a suivi en pratique des règles plus rigoureuses encore, les plénipotentiaires allemands avaient cependant déclaré formellement qu'il ne serait fait aucune distinction entre les mineurs émancipés ou non. L'ordonnance du 16 mars applique les règles que nous venons d'examiner à tous les mineurs non émancipés qu'ils soient ou non originaires d'Alsace-Lorraine et distingue parmi les émancipés les originaires et les non originaires. Aux mineurs émancipés non originaires elle accorde les mêmes droits d'option qu'aux majeurs; quant aux mineurs émancipés, originaires auxquels elle déclare applicables les dispositions établies pour les autres mineurs, en fait elle empire leur situation en leur rendant plus difficile qu'au mineur non émancipé la conservation de la

qualité de Français. On se demandait ce qui arriverait au cas où le père et le curateur n'auraient pas conservé l'un et l'autre la même nationalité ? L'administration allemande exige que le père et le curateur soient restés Français pour reconnaître la nationalité française au mineur. La conséquence de cette règle basée sur une interprétation des plus rigoureuses de l'ordonnance du 16 mars est que le mineur émancipé est dans une situation moins favorable pour opter que le mineur non émancipé.

Cette théorie ne devait point recevoir l'assentiment du gouvernement français. Dès le 25 mars 1872, M. de Rémusat ministre des affaires étrangères écrivait : « qu'il a été admis dans les explications échangées aux conférences de Francfort que les mineurs émancipés ou non auraient indistinctement le droit d'opter avec le concours de leurs représentants légaux. »

Et le 30 mars M. Dufaure, faisant à son tour connaître l'avis du gouvernement, reconnaissait aux mineurs le droit de séparer leur sort de celui du chef de la famille et d'opter avec l'assistance de leurs représentants : « le gouvernement allemand a toujours répondu qu'il n'y avait aucune distinction à établir entre les majeurs et les mineurs ; que les conditions et les délais établis par les traités étaient applicables à ces derniers ; mais ils ont ajouté que leurs déclarations seraient valablement faites avec l'assistance de leurs représentants légaux. Il sera peut-être utile de mettre notre loi en harmonie avec cette déclaration du gouvernement allemand et de conférer aux mineurs, par un texte spécial, le droit de faire acte de nationalité avec l'autorisation de leurs tuteurs ; mais dès à présent, leurs déclarations doivent être reçues dans cette forme par les autorités françaises. »

Les Allemands prétendent qu'un des éléments de l'op-

tion fera toujours défaut chez le mineur dont les parents n'optent pas, et c'est une des raisons sur lesquelles ils s'appuient pour dénier au mineur un droit personnel d'option.

Comment le mineur effectuerait-il un transfert de domicile, puisqu'il est légalement domicilié chez ses parents (art. 108) ?

Qu'il nous suffise de répondre que le gouvernement Français ne méconnaît nullement cette disposition du Code civil plaçant le domicile du mineur là où se trouve le domicile de la personne sous la puissance de laquelle il se trouve, mais il estime qu'il ne faut point s'en tenir au sens étroit du mot domicile qui figure dans le traité et qu'il y a lieu de le traduire dans le sens d'émigration.

Il ne faut pas perdre de vue non plus que si le gouvernement allemand attribue en principe aux enfants mineurs la même nationalité qu'à leurs parents, la loi allemande du 1^{er} juin 1870 admet les étrangers mineurs à solliciter la naturalisation avec l'autorisation de leurs représentants légaux. Voici du reste le texte de l'article 8: « La naturalisation ne doit être accordée aux étrangers que lorsqu'ils sont capables de disposer de leur personne d'après les lois du pays auquel ils ont appartenu jusques alors, ou s'ils ne jouissent pas de cette capacité quand ils ont l'assentiment de leur père, de leur tuteur ou curateur. »

Et pourquoi faire appel à la législation allemande qui vient elle-même confirmer notre doctrine? n'est-ce pas le Code civil qui est en vigueur en Alsace-Lorraine et qu'il faut appliquer?

Les différentes juridictions allemandes ne partagent pas toutes la même manière de voir et si l'administration ne varie pas dans sa jurisprudence, on ne doit point en dire autant des tribunaux judiciaires. Nous pouvons rap-

porter un jugement du tribunal de Strasbourg qui adoptant la doctrine française déclare Allemands les enfants mineurs d'un père qui avait négligé d'opter pour eux en optant pour lui. Les juges ont appliqué le traité de préférence à l'ordonnance du 16 mars : « Attendu qu'il résulte des déclarations concordantes des parties, que C... par suite de son option en 1872, faite après la dissolution de son mariage et le transfert de son domicile en France, a conservé la nationalité française et est à considérer comme étranger ; qu'il est constant aussi que ses enfants mineurs n'ont pas suivi la nationalité de leur père, mais ont conservé la nationalité allemande que le traité de Francfort^t leur confère et que leur représentant légal actuel revendique pour eux ; qu'en effet, il y a lieu de prendre tout d'abord en considération que la loi fédérale du 1^{er} juin 1870 sur l'acquisition et la perte de la nationalité, d'après laquelle des mineurs ne suivent la nationalité de leur père que si une exception est expressément stipulée pour eux, n'était pas en vigueur en Alsace-Lorraine à l'époque de l'option ; et qu'ainsi le droit public et civil français est seul applicable, d'après lequel le choix d'une nationalité quelconque par le père n'entraîne pas pour ses enfants mineurs la perte de leur qualité de regnicoles ; qu'en outre l'option de C.... pour lui et ses enfants a eu lieu sans l'assentiment du conseil de famille ; qu'un droit aussi important que le choix d'une nationalité ne saurait être abandonné sans contrôle à la volonté d'un père, tuteur de ses enfants, d'autant plus qu'il ne peut disposer librement de droits beaucoup moins importants de son pupille, tels que les droits immobiliers ; enfin qu'il y a lieu de considérer que C.... malgré le transfert de son domicile en France ne s'est pas fait suivre de ses enfants, qui n'ont pas quitté l'Alsace, et a même assisté à la délibération du

conseil de famille du 23 septembre 1874 et y a reconnu la nationalité allemande de ses enfants (*la République Française* du 27 avril 1875).

Récemment une espèce à peu près semblable a été examinée par le tribunal de la Seine et résolue dans le même sens (20 juillet 1883).

Nous en extrayons les considérants suivants conformes à notre doctrine : « Attendu qu'il ressort des conférences qui ont précédé les conclusions des traités des 10 mai et 11 décembre 1871 telles qu'elles sont constatées par les protocoles signés des plénipotentiaires, celles notamment des 6 et 13 juillet 1871, que la nécessité de l'option a été imposée à tous les individus originaires des territoires cédés, même aux mineurs non émancipés avec l'assistance de leurs représentants légaux.

» Attendu que J. P. né à Sarrebourg en Alsace-Lorraine le 17 septembre 1863 n'a pas opté personnellement pour la nationalité française et ne pouvait s'autoriser à aucun titre de la déclaration que son père L. P. a faite le 29 mai 1871, déclaration dans laquelle son existence n'est même pas mentionnée ; que sa nationalité a été fixée par les traités susvisés d'une manière absolument indépendante de la condition qui appartenait alors ou appartiendrait ultérieurement à son père . »

La cour de Paris n'a pas adopté les motifs des premiers juges et a infirmé le jugement ¹.

Voici les principaux considérants de l'arrêt :

« Considérant qu'il est de principe et de règle absolue en droit que l'enfant suit la condition de son père légitime, d'où il suit que l'enfant né d'un père français acquiert par le seul fait de sa naissance la nationalité française.

1. La France judiciaire, 16 février 1883.

» Que s'il est vrai de dire que si cette nationalité constitue pour l'enfant un droit spécial et personnel distinct de celui qui, au même titre, appartient au père, il est incontestable que, dans l'économie de notre droit civil, la nationalité de l'enfant réside dans celle de son père ; que de cette identification de la nationalité de l'enfant mineur à celle du père ne naît point, il est vrai, pour celui-ci le droit de pouvoir modifier à son gré comme la sienne propre, la nationalité de son enfant, l'intérêt supérieur de l'état ayant fait réserver pareil droit privativement et exclusivement à chaque individu majeur ; mais qu'il en résulte rationnellement que tout ce qui est fait par le père à l'effet de conserver et défendre sa nationalité personnelle défend et conserve en même temps celle de son enfant mineur dont il est le gardien et le protecteur naturel.

» Considérant que l'article 2 du traité de paix du 10 mai 1871 réglant les conditions dans lesquelles les sujets français ou originaires des territoires cédés pouvaient conserver la nationalité française n'a point modifié cette règle de notre droit civil.

» Qu'en effet les vues échangées entre les plénipotentiaires français et allemands dans les conférences des 6 et 13 juillet 1871 démontrent bien que les hautes parties contractantes étaient justement préoccupées de l'exécution de cette partie importante du traité du 10 mai précédent en ce qui concernait spécialement les mineurs, mais qu'elles se sont bornées à proposer respectueusement des interprétations opposées qui n'ont pu obtenir leur commune approbation.

» Que du reste il semble résulter de ces communications, telles qu'elles ont été consignées dans les procès-verbaux des séances des 6 et 13 juillet que les plénipotentiaires ne se sont, à proprement parler, préoccupés du droit d'option

en ce qui concerne les mineurs, qu'en vue de l'hypothèse où leurs représentants légaux auraient accepté la nationalité allemande, auquel cas le gouvernement français demandait qu'il fût accordé aux jeunes Français originaires des territoires cédés une année à partir de leur majorité pour exercer personnellement leur droit d'option, tandis que le gouvernement allemand persévéra à soutenir que ce droit devrait être exercé en leur nom par leurs représentants dans le délai fixé par l'article 2 du traité de paix.

» Considérant dès lors que l'option faite le 2 mai 1875, à la mairie de L. a légalement profité à J. P. son fils mineur.

» Considérant au surplus et en admettant qu'en droit en vertu du traité du 10 mai 1875, les mineurs n'aient pu conserver la nationalité française qu'autant qu'une déclaration spéciale aurait été faite en leur faveur par leurs représentants légaux, que la déclaration susrappelée de P. présente en fait ce caractère et répond aux exigences de ladite convention et de la loi. »

Puis la Cour insiste sur l'admirable conduite de P. père pendant la guerre comme sur son patriotique empressement à opter le premier de sa ville et termine en établissant qu'on ne saurait lui imputer un vice de rédaction dont les conséquences seraient si funestes.

Nous persistons en vertu des motifs que nous avons énumérés plus haut à penser que les mineurs devaient être soumis aux mêmes conditions que les majeurs, du moment où ils étaient originaires des territoires cédés. Les Allemands sont en droit de considérer comme leurs nationaux tous ceux qui, figurant sur les registres de l'état civil comme originaires, ne peuvent produire une déclaration d'option faite soit par eux-même, soit par leurs représentants légaux en leur nom

Pendant longtemps les Alsaciens-Lorrains avaient espéré qu'une solution favorable résulterait de l'accord des deux gouvernements, mais un désaccord persévérant était encore constaté sur ce point dans une note insérée au *Journal officiel*, le 14 septembre 1872, qui reproduisait les termes mêmes de la dépêche du comte d'Arnim en date du 16 juillet : « Le gouvernement impérial n'a pas cru pouvoir reconnaître aux mineurs le droit d'option, mais devoir leur laisser, au contraire, la position que leur assigne en France le Code civil (art. 108), d'après lequel ils ont leur domicile chez leur père et mère ou chez leur tuteur. »

Le gouvernement français n'adhéra jamais aux principes adoptés par l'Allemagne et s'appuya constamment sur les procès-verbaux des conférences pour soutenir que les mineurs avaient le droit formellement reconnu d'opter, mais qu'ils devaient être assistés de leurs représentants légaux et que pour statuer sur la validité de l'option, il n'y avait pas lieu de s'inquiéter du choix qu'avaient fait les représentants.

Ces divergences entre les deux gouvernements ont eu en pratique une importance considérable, car les annulations d'option qu'a prononcées l'Allemagne ont atteint des jeunes gens qui, comme nous l'avons dit, sont appelés à la conscription en Allemagne et en France. On a voulu, cependant, éviter aux intéressés les inconvénients et les dangers qui peuvent résulter d'un conflit de ce genre et l'administration a pensé qu'on ne devait point les enrôler de plein droit dans notre armée.

Il est nécessaire de consulter à ce sujet une circulaire du général de Cissey, en date du 7 juillet 1873 portant des instructions sur l'appel de la classe :

« Les jeunes gens originaires des pays cédés à l'Allema-

gne qui ainsi que leurs père, mère ou tuteur ont opté pour la nationalité française seront portés sur les tableaux de recensement de la commune où leur famille a aujourd'hui son domicile légal. Quant à ceux de ces jeunes gens dont les père, mère ou tuteur n'auraient pas réclamé eux-mêmes la nationalité française ou auraient conservé leur domicile sur les territoires cédés, on ne devra les inscrire que s'ils en font personnellement la demande. Ils seront prévenus que le gouvernement allemand contestant la validité de leur option personnelle lors même qu'elle a eu lieu avec l'assentiment de leurs représentants légaux ils s'exposent, en entrant dans les rangs de notre armée, à être poursuivis comme réfractaires par l'autorité allemande s'ils retournent dans leur pays d'origine. Mention de cet avis sera faite sur les tableaux de recensement et ils devront la certifier par leur signature. »

Nous venons d'indiquer la situation des mineurs en général, nous allons pour plus de clarté préciser la condition de chacune des catégories de mineurs en distinguant s'ils sont originaires ou non d'Alsace-Lorraine, émancipés ou non, si leurs représentants légaux résidant en Alsace-Lorraine ou au dehors ont opté ou non.

I. — *Enfant né en Alsace-Lorraine d'un père Alsacien-Lorrain*

L'enfant et le père sont atteints par le traité de paix, puisqu'ils sont originaires des pays cédés. Si le père opte pour la nationalité Française et fait une déclaration analogue pour son fils, l'Allemagne considère le père et le fils comme Français, et logiquement pour elle le fils serait resté Français quand même le père n'aurait fait aucune déclaration particulière pour son fils. Nous avons cependant

cité un jugement en sens contraire du tribunal de Strasbourg. D'après les principes français ce ne serait point régulier qu'il n'y eut qu'une option pour le père (en ce sens, Tribunal de la Seine, 20 juillet 1883) ; *contra* cour de Paris ¹.

Si l'enfant est orphelin, l'option sera faite par le tuteur ; en Allemagne on exige que ce dernier soit autorisé par le conseil de famille, mais il faut remarquer que dans les conférences il n'avait été question que des représentants légaux.

Supposons que le père soit devenu Allemand mais ait expressément opté pour son fils. L'Allemagne n'admet point la validité de l'option, le sort du mineur est pour elle intimement lié à celui du père ; nous avons déjà combattu antérieurement cette doctrine fondée sur ce que le mineur ne saurait avoir d'autre domicile que celui de son représentant légal (art. 108) et conformément à notre opinion la France reconnaît la qualité de Français à tout mineur pour lequel a opté son représentant légal sans s'inquiéter de savoir si ce dernier a transporté son domicile hors d'Alsace-Lorraine.

II. — *Enfant né en Alsace-Lorraine de père qui n'y était pas né.*

Au point de vue français, le père n'a pas besoin de faire de déclaration d'option pour lui-même puisqu'il n'est pas originaire des territoires cédés, mais il a dû agir comme représentant légal de son fils et nous n'avons pas à examiner si postérieurement au 1^{er} octobre 1872 il a continué à résider en Alsace-Lorraine. Le fils seul devait émigrer.

1. La France judiciaire, 16 février 1883.

L'Allemagne faisant application de la théorie que nous avons réfutée plus haut, à savoir que les enfants mineurs suivent la condition de leur père n'aurait point dû astreindre dans notre hypothèse le mineur à une déclaration et de plus, comme condition de validité, contraint le père à abandonner les territoires cédés.

III. — *Enfant né hors d'Alsace-Lorraine d'un père Alsacien-Lorrain.*

Dans ce cas le mineur n'a point à opter, seul le père né dans les territoires cédés doit accomplir les prescriptions nécessaires pour la conservation de sa nationalité. S'il les remplit, l'Allemagne et la France sont d'accord pour admettre la validité de l'option. Mais des divergences éclatent entre les deux gouvernements si le père est devenu Allemand ; l'Allemagne considère le mineur comme devenu aussi Allemand, soit parce qu'il suit la nationalité de son représentant légal, soit parce qu'il est domicilié en Alsace-Lorraine.

Cependant dans cette hypothèse il y a lieu de distinguer entre les mineurs émancipés ou non ; le mineur émancipé pourra se soustraire à la nationalité allemande en transportant son domicile en France puisque la loi lui permet d'établir son domicile légal où il le juge à propos, c'est la théorie qu'admet l'Allemagne favorisant ainsi le mineur émancipé tandis qu'elle considère comme allemand le mineur non émancipé même si son représentant légal avait pris soin de faire une déclaration au nom du mineur.

Le gouvernement français n'a jamais admis ces distinctions entre les mineurs émancipés ou non, il a toujours pensé, conformément aux principes de notre droit, que la nationalité du mineur était indépendante de celle de son

représentant légal et la jurisprudence a ratifié, dans ses arrêts, cette manière de voir. Elle argumente de ce qu'il résulte tant de la lettre du traité que des explications diplomatiques qui s'y sont rattachées, que le fait d'origine a été pris comme criterium unique de dénationalisation, en sorte que la qualité de français ne pouvait être enlevée qu'à ceux qui étaient nés dans l'Alsace-Lorraine détachée du territoire de la France.

La Cour de cassation a été appelée à statuer sur une affaire dont l'espèce était assez intéressante, il s'agissait d'une action en désaveu de paternité dans laquelle on repoussait la compétence du Tribunal de la Seine par cette raison que les deux parties étaient étrangères.

La question capitale que soulevait le procès était celle-ci: Armand Stein (le mineur) est-il Français ou Allemand? Le sieur Stein, père, est né à Metz, son domicile y a toujours été fixé; après les traités de 1871, il n'a pas déclaré son option pour la nationalité française, et il a maintenu son domicile à Metz; sa qualité d'étranger est donc incontestable. Quant au mineur Stein, il est né à Paris le 4 février 1857, moins de 300 jours après l'ordonnance préliminaire à la séparation de corps demandée par M. Stein contre sa femme, par conséquent il est légitime. Les demandeurs disaient qu'aucune circonstance ne pouvait donner à un mineur un autre domicile que celui de son père et que, par le seul fait du domicile, le mineur Armand Stein était devenu Allemand comme son père.

M. l'avocat général Godelle qui concluait au rejet du pourvoi s'appuyait sur ce que la nationalité est une qualité personnelle, une partie essentielle de l'état des enfants. C'est la loi qui la leur confère et elle n'attribue à aucun représentant le pouvoir de l'aliéner en leur nom.

Et si on admettait la théorie du pourvoi, on arriverait

à cet étrange résultat, que les traités de 1871 ne conférant la faculté d'option qu'aux originaires des territoires cédés, le mineur Stein, né à Paris, n'aurait pas eu le droit d'opter pour la nationalité française et serait devenu Allemand sans faculté d'option. Si au contraire il était né dans les provinces cédées il aurait eu la faculté d'opter ¹.

La Cour de cassation (6 juin 1877) considère Stein comme Français : « Attendu que les traités ne sont point applicables à Stein fils qui n'est pas originaire des pays cédés à l'Allemagne et qui n'y a jamais habité, que d'ailleurs, au point de vue de la nationalité, ils n'ont pas entendu soumettre la condition de l'enfant mineur à celle de son père. »

IV. — *Enfant né hors d'Alsace-Lorraine d'un père simplement domicilié.*

Suivant la doctrine adoptée par le gouvernement français, le père et le fils ne sont point atteints par le traité, il n'ont aucune déclaration à faire et conserveront leur nationalité même s'ils continuent à résider sur les territoires cédés, à moins toutefois qu'ils n'encourent une déchéance dans les cas prévus par les art. 17 et 21.

L'Allemagne au contraire, exige un transfert de domicile de la part du représentant légal. Si cette prescription n'est point accomplie, le sort du mineur se trouve lié à celui de son représentant légal et peu importe que lui-même ait émigré s'il n'est pas émancipé.

Dans l'hypothèse que nous examinons, le mineur n'étant point originaire des territoires cédés ne s'y rattache que par le lien du domicile; dès lors, s'il est émancipé, il peut librement transférer son domicile en France et rompre ainsi ses attaches avec l'Alsace-Lorraine.

1. V. Dalloz p. 1877-1-293.

Section II. — Des femmes mariées.

Il faut assimiler en tout point aux autres Alsaciens-Lorrains, les filles majeures qui, n'étant pas mariées avant l'annexion, ne l'ont pas été pendant la période d'option. Mais pour ce qui concerne la femme mariée, il est plus délicat de se demander si la nationalité de son mari s'impose toujours à elle ?

Dans le cas où on lui refuse le droit à une nationalité distincte aucune controverse ne s'élève au point de vue des conséquences du traité.

Il est vrai que les articles 12 et 19 (C. civ.) établissent que la femme suit la condition de son mari, mais recherchons comment les interprètes du Code civil expliquent ces dispositions et sont amenés à en limiter le champ d'application. « Ce n'est qu'au moment même du mariage que la nationalité du mari devient celle de la femme. Alors en effet la femme consent à ce changement en même temps qu'au mariage... Il en est autrement ensuite et l'on ne saurait admettre que la seule volonté du mari puisse la dépouiller de cette qualité essentiellement personnelle¹. »

Nous permettons à la femme de revendiquer son ancienne nationalité ou au contraire de rester Allemande, selon qu'elle le juge à propos, en nous appuyant sur l'exposé des motifs de la convention additionnelle (lu à la séance du 20 décembre), où il est rappelé que les négociateurs de Francfort ont toujours laissé entendre que chacun des annexés avait le droit de choisir sa nationalité future. « Tous ceux qui, par leur naissance, appartiennent aux territoires cédés et qui désirent assurer la conservation de

1. Demolombe, t. I, n° 175.

leur nationalité française devront faire une déclaration formelle d'option. »

Le gouvernement a pris soin de nous faire connaître également ses vues dans la circulaire du 30 mars 1872. « En principe et d'après les articles 12 et 19 du Code civil, la femme suit la condition de son mari. C'est une question controversée que celle de savoir si le changement de nationalité du mari peut modifier la nationalité que le mariage a conférée à la femme. Aussi pour éviter les difficultés qui pourraient se produire ultérieurement, en matière de succession notamment, la femme mariée en Alsace-Lorraine qui voudra mettre sa nationalité à l'abri de toute contestation, devra faire avec l'assistance de son mari une déclaration d'option. Il résulte de ce qui précède que : tous ceux qui sont nés dans les territoires cédés quels que soient leur âge, leur sexe, leur domicile, sont tenus de faire une déclaration s'ils entendent conserver la qualité de Français, qu'à défaut de cette déclaration dans le délai prescrit, ils seront considérés comme Allemands; et qu'au contraire, tous ceux qui ne sont pas nés dans ces territoires n'ont aucune déclaration à faire et sont Français de plein droit. »

Nous allons faire application des principes adoptés par la France aux différentes situations qui peuvent se présenter.

I. — *La femme est née hors d'Alsace-Lorraine, le mari au contraire est né en Alsace-Lorraine*

La femme conservera la nationalité française même au cas où le mari, n'ayant point opté, sera devenu Allemand.

II. — *La femme est née en Alsace-Lorraine, le mari n'y est pas né.*

Dans ce cas, la femme doit faire une déclaration d'option avec l'assistance de son mari si elle veut conserver son ancienne nationalité, le mari au contraire n'étant point originaire des territoires cédés n'aura, comme nous l'avons établi plus haut, aucune formalité à remplir.

III. — *Une étrangère a épousé un Alsacien-Lorrain*

Seul le mari doit opter, la qualité de Française qu'a obtenue la femme par son mariage ne l'attache pas particulièrement à telle ou telle province du sol français.

Au point de vue français, il n'est pas difficile de résoudre ces différentes propositions, puisque l'origine est le seul criterium auquel le traité de Francfort attache la dénationalisation et que nous avons admis avec la jurisprudence que « si le mariage une fois célébré, le mari perd sa nationalité par suite de faits auxquels la femme n'a point participé, cette même nationalité ne sera pas forcément perdue pour la femme ». (Demangeat sur Fœlix, t. I, p. 92).

L'Allemagne ne reconnaît pas à la femme mariée le droit d'avoir une nationalité distincte de celle de son mari. (Voir la loi du 1^{er} juin 1870 à la traduction de M. Lyon-Caen *Annuaire de législation étrangère*, 1772, p. 183). Articles 5 et 13 § 5, « la femme suit toujours la condition de son mari », aussi les solutions que nous avons données ne sont-elles point admises par l'Allemagne.

Ces divergences sont loin de présenter pour les femmes mariées le même intérêt que pour les mineurs pour lesquels on doit se préoccuper de questions relatives au service militaire et aux droits politiques.

Section III. — Des autres incapables

D'après l'article 4 de la convention additionnelle « les condamnés originaires des territoires cédés qui sont actuellement détenus dans les prisons, maisons centrales et établissements pénitentiaires de la France ou de ses colonies, seront dirigés sur la ville la plus rapprochée de la nouvelle frontière, pour y être remis aux agents de l'autorité allemande.

Il en sera de même des personnes recueillies dans les maisons d'aliénés ».

L'exposé des motifs du projet de loi portant approbation de la convention ne peut nous guider dans l'examen de la condition de ces incapables, en effet il mentionne seulement que pour cet échange la base adoptée est l'origine respective des individus dont il s'agit.

En nous appuyant sur les principes généraux de droit civil, nous allons essayer d'esquisser la situation des originaires d'Alsace-Lorraine n'ayant pas une pleine capacité juridique.

Pour les condamnés il y a lieu de faire une double distinction, ranger d'un côté ceux qui seront libérés avant le 1^{er} octobre et de l'autre placer ceux dont la peine n'expirera que postérieurement, ne pas confondre enfin ceux qui sont en interdiction légale et ceux privés seulement de certains droits énumérés par l'art. 42 du Code pénal.

Ceux qui ont été libérés avant le 1^{er} octobre ont dû être certainement admis à opter et quant à ceux qui n'ont été libérés que postérieurement, s'ils n'étaient privés que de certains droits énumérés par l'art. 42, il fallait les autoriser à opter et par conséquent s'ils optaient pour la nationalité française soit les maintenir dans des établissements français, s'ils subissaient leur peine en France, soit les

réclamer s'ils étaient en Alsace Lorraine. Au contraire pour ceux qui se trouvaient en état d'interdiction légale, il fallait permettre à leur tuteur nommé conformément à l'article 29 du Code pénal d'opter en leur nom s'il le jugeait à propos.

Pour les personnes placées dans un établissement d'aliénés, il eût été préférable de leur permettre de décider de leur nationalité dans l'année qui suit leur sortie de l'établissement, mais aucune prorogation de délai n'ayant été accordée, nous pensons qu'il faut faire dépendre leur statut personnel du choix qu'auront fait les personnes chargées de sauvegarder leurs intérêts.

Nous adopterons la même solution pour les personnes interdites judiciairement, mais nous estimons que l'assistance du conseil judiciaire ne devait pas être considérée comme nécessaire pour habiliter l'individu se trouvant dans la condition prévue par l'article 513 du Code civil.

Quant aux femmes des individus dont nous venons de parler, il nous semble que l'autorisation de justice devait suppléer à celle que le mari était dans l'impossibilité de manifester et nous admettons même que la femme avec une autorisation spéciale a pu engager la nationalité de ses enfants mineurs.

CHAPITRE IV

DE LA PERTE DE LA QUALITÉ DE FRANÇAIS PAR LES ALSACIENS- LORRAINS POSTÉRIEUREMENT A L'ANNEXION

En indiquant les personnes dont la nationalité se trouve atteinte par le traité de Francfort, nous avons cité les originaires et en nous appuyant sur les termes du traité les déclarations des plénipotentiaires allemands relatées dans les protocoles aussi bien que sur les avis émis dans les documents lus devant l'Assemblée nationale, nous avons pensé que les personnes domiciliés dans les territoires cédés sans y être nées n'avaient, pour maintenir leur nationalité, aucune déclaration à effectuer. Le gouvernement français n'a jamais varié sur ce point et reconnaît invariablement comme Français tout individu domicilié en Alsace-Lorraine au 20 mai 1871, quand même il y aurait conservé son domicile. L'Allemagne au contraire le considérait comme Allemand si au 1^{er} octobre 1872 il n'avait point émigré.

Nous n'avons point à nous préoccuper des solutions données à cette question par l'Allemagne, s'il peut en résulter de sérieux inconvénients pour la situation de certaines personnes, nous n'avons quant à notre point de vue qu'à examiner les causes de déchéance édictées par

la loi française. N'oublions pas que beaucoup de domiciliés n'ont point opté et se trouvent par conséquent dans cette situation bizarre d'être regardés comme Français en deçà des Vosges, Allemands au delà. C'est la conséquence des termes du traité, des commentaires qui ont circulé quelque temps et lorsque la note tardive du 14 septembre 1872 insérée au *Journal officiel* vint révéler les nouvelles exigences de l'Allemagne, on ne voulut point tout d'abord lui reconnaître assez d'autorité pour modifier le traité et chacun préférerait s'en tenir à son interprétation personnelle, souvent parce qu'il la trouvait moins rigoureuse.

Par conséquent, pour déterminer les Alsaciens-Lorrains dont la nationalité a été modifiée postérieurement à l'annexion, il n'y a pas lieu de s'inquiéter de la pratique allemande. Si les tribunaux judiciaires allemands, comme nous l'avons fait observer déjà, n'ont tenu dans certaines circonstances aucun compte des annulations d'option qu'avaient faites les directions de police ou de cercle, nous devons encore moins nous préoccuper de telles décisions. Étudions uniquement les faits dont notre législateur fait dériver la perte de la qualité de Français.

Les textes qui se réfèrent à ce sujet, sont au Code civil les art. 17, 19, 21 ; puis les décrets de 1809 et de 1811, le décret du gouvernement provisoire du 29 avril 1848, et ils énoncent les causes suivantes :

I. — La naturalisation acquise en pays étranger.

II. — L'acceptation non autorisée par le gouvernement français de fonctions publiques conférées par un gouvernement étranger.

III. — L'établissement à l'étranger sans esprit de retour.

IV. — Le mariage d'une Française avec un étranger.

V. — L'entrée au service militaire d'une puissance étrangère sans l'autorisation du gouvernement.

VI. — Les décrets de 1809 et de 1811 aggravent considérablement les déchéances prononcées par le Code contre les Français qui perdent leur nationalité.

VII. — Le décret du 29 avril 1848, les lois des 11 février 1851 et 28 mai 1858 sur le commerce ou la possession des esclaves que nous n'étudierons pas en détail.

I. — De la naturalisation acquise en pays étranger.

La naturalisation volontairement acquise en pays étranger fait perdre la qualité de Français, car c'est de tous les faits qui indiquent qu'un Français établi à l'étranger a perdu l'esprit de retour le plus évident ; celui qui se donne une patrie nouvelle renonce à la première ; mais une nationalité concédée à un Français sans qu'il ait fait aucune démarche n'influe aucunement sur sa qualité de Français, il faut qu'il l'ait sollicitée ou tout au moins acceptée.

De même, il ne perd point sa qualité de Français, si sans se faire naturaliser, il demande et obtient dans le pays où il se trouve la jouissance des droits civils, et, conserve sa nationalité tant que la naturalisation qu'il sollicite à l'étranger ne lui a pas été accordée.

Pour que nous considérions un de nos nationaux comme ayant renoncé à sa patrie, il faut une manifestation non équivoque de sa volonté et cette résolution doit ressortir d'actes estimés probants par la loi française ¹.

L'Espagne regarde comme ses nationaux les étrangers qui ont fondé sur son territoire un établissement de commerce, nous n'avons pas à nous préoccuper de cette législation et, en application de la règle que nous avons rappelée plus haut décidons qu'une nationalité concédée à un Français sans demande ou sans assentiment de sa part ne

1. En ce sens, Demolombe, t. I, n. 479.

saurait engager son statut personnel. C'est ce qu'a admis la Cour de Paris, 3 mars 1834, dans l'affaire suivante :

Un Français ayant créé à Cadix un établissement de commerce avait épousé une indigène : devant la loi d'Espagne il était devenu Espagnol, *quid* au point de vue français ? La Cour l'a considéré comme ayant maintenu son ancienne nationalité et l'a admis à invoquer l'article 14 qui autorise le Français à citer devant des tribunaux français l'étranger même non résidant en France pour l'exécution des obligations par lui contractées en pays étranger envers des Français.

Locré¹ rapporte qu'au conseil d'État on avait proposé que la loi recherchât l'intention et que sans s'arrêter au fait extérieur elle maintînt au Français ses droits civils, s'il apparaissait qu'il ne se fût fait naturaliser à l'étranger, que pour conserver certains avantages de fortune et dans la pensée de venir en jouir en France après les avoir recueillis. On pensait que la naturalisation en pays étranger ne devait effacer la qualité de Français que quand il est certain qu'il n'y a point d'esprit de retour. Cette restriction n'a pas été admise et dans tous les cas la naturalisation à l'étranger obtenu par un Français entraîne la perte de sa nationalité.

La naturalisation étrangère ne résulte pas pour un Français du droit de grande bourgeoisie obtenu à Hambourg (conseil d'État 18 novembre 1842). Le droit de bourgeoisie extraordinaire conféré à titre purement honorifique à certains étrangers de distinction n'entraîne point pour le Français qui en est revêtu, la perte de sa nationalité d'origine, mais la Cour de Colmar 19 mai 1867 (D. P. 68, 2, 225) a décidé qu'il en était autrement lorsque par la collation du droit de bourgeoisie le Français devient membre et sujet effectif d'un état étranger, soumis à toutes les obli-

1. Esprit du Code civil t. I, p. 439.

gations et investi de tous les droits qui compètent aux citoyens de cet état.

Cette règle privant de la qualité de français tout individu sollicitant une nationalité étrangère est une application du principe de droit international que l'on ne saurait avoir deux patries où l'on pourrait réclamer les privilèges accordés aux seuls nationaux et s'écrier :

Selon les gens
Vive le roi, Vive la ligue.

On consultera à ce sujet la lettre écrite par Crémieux à lord Brougham qui sollicitait d'être naturalisé français tout en entendant conserver le titre de citoyen anglais.

C'est à la justice civile qu'il appartient de statuer, en cas de contestation, sur le point de savoir si la naturalisation est ou non acquise en pays étranger ; mais les tribunaux ne pourront contrôler la validité de la naturalisation accordée à un Français alors qu'il sera établi que les lettres de naturalisation réunissent les conditions ordinaires de validité exigées par les lois du pays qui les a décernées.

Les législations étrangères sont tout aussi rigoureuses que la loi française ; d'après la loi anglaise la naturalisation obtenue en pays étranger par un sujet britannique lui fait perdre sa nationalité (acte du 12 mai 1870, art. 6. « La naturalisation obtenue en pays étranger, par un sujet britannique ayant toute sa capacité, lui fait perdre sa nationalité britannique. »

Un séjour prolongé pendant 10 ans à l'étranger fait perdre la qualité d'Allemand. (Voir la loi du 1^{er} juin 1870 sur l'acquisition et la perte de la nationalité). La nationalité italienne se perd par une simple renonciation faite devant l'officier de l'état civil, mais renonciation qui n'est valable que si elle est accompagnée d'une translation de domicile à l'étranger.

La naturalisation acquise en pays étranger produit des effets différents suivant qu'elle l'a été avec ou sans l'autorisation du gouvernement français. Si l'autorisation a été accordée le français dénationalisé se trouve dans la même situation que les autres étrangers, toutefois il ne peut porter les armes contre la France, dans le cas contraire il est soumis à une déchéance édictée par le décret du 26 août 1811, et qui ne cesse que par sa réintégration dans la qualité de français. Ultérieurement nous étudierons le décret de 1811 et nous tenterons d'établir la preuve de la non-abrogation de cette déchéance par la loi du 14 juillet 1819. Un projet de loi examiné par le conseil d'État et soumis actuellement au sénat propose de ne considérer comme valable la naturalisation à l'étranger de tout Français soumis aux obligations du service militaire, qu'autant que l'autorisation du gouvernement aura été obtenue (art. 12). La section du conseil d'État a fait de l'autorisation une condition de la validité de la naturalisation et considère le Français qui ne remplit pas cette formalité comme n'ayant pas perdu sa nationalité. C'est la solution qu'a notamment adoptée la législation hongroise ¹.

II. — *De l'acception non autorisée par le gouvernement de fonctions publiques conférées par un gouvernement étranger.*

L'article 17 prive de la qualité de français tout citoyen ayant accepté des fonctions publiques conférées par un gouvernement ; la même restriction n'existe point pour la naturalisation en pays étranger elle entraîne dans tous les cas la perte de la nationalité.

Il faut que les fonctions soient publiques, c'est-à-dire politiques, administratives ou judiciaires ; pour définir avec

1. V. rapport de M. Camille See, conseiller d'État.

certitude les fonctions publiques, il est utile de se référer aux institutions de chaque pays, c'est le vrai mode de constatation du caractère public des fonctions. C'est considérer comme assimilable à une fonction publique tout serment incompatible avec la qualité de français.

Il est certaines fonctions dont l'exercice n'entraîne pas déchéance, ce sont celles de professeur, de médecin auxquelles on peut se livrer sans être aucunement lié au gouvernement étranger. Elles ne sauraient amener la perte de la qualité de français qu'autant qu'elles impliqueraient une coopération quelconque au fonctionnement d'un état. Nous pensons même que si ces personnes étaient appelées à une prestation de serment, l'accomplissement de cette formalité pourrait n'être considéré que comme une mesure d'ordre public. La cour de Montpellier (12 juillet 1826) a spécialement décidé que l'exercice de la profession d'avocat hors de France n'emportait pas déchéance et, récemment, on a vu un Français réfugié à Constantinople où il exerçait la profession d'avocat être nommé conseiller à Limoges, sans qu'il ait eu à remplir les prescriptions exigées pour recouvrir la qualité de français (Voir rapport de M. Hérold, secrétaire général du ministère de la justice sur la situation de M. D....).

L'avis du conseil d'État du 21 janvier 1812 donne des indications précises sur les Français qui acceptent des situations à l'étranger, sur les 3^e et 4^e questions le conseil d'État déclare que l'acceptation d'un titre héréditaire même s'il est à l'étranger avec autorisation du gouvernement est assimilable à la naturalisation étrangère, sur la 5^e question qu'aucun service, soit près de la personne, soit près d'un des membres de la famille d'un prince étranger, et aucune fonction dans une administration publique étrangère ne peuvent être acceptés sans autorisation préalable.

Pour les fonctions ecclésiastiques un décret du 7 janvier 1808 statue « que nul ecclésiastique ne peut sans perdre la qualité de français poursuivre ou accepter la collation faite par le pape d'un évêché *in partibus* s'il n'y a été autorisé par le gouvernement. Nous pensons avec M. Schaffhauser (thèse de doctorat, 1882) que la nomination à une cure ne saurait entraîner la perte de la qualité de français, puisqu'un curé ne participe nullement à l'exercice de la puissance publique et que le ministère dont il est revêtu le soumet à la juridiction ecclésiastique plutôt qu'à l'autorité civile, (en ce sens Cassation, rejet 17 novembre 1848 ¹, mais comme le conseille M. Demolombe, t. I, n° 180 il est toujours préférable de se munir d'une autorisation quoique d'après l'opinion la plus accréditée la nationalité ne soit pas atteinte.

L'acceptation du titre de commissaire des relations commerciales ne doit pas être considérée comme de nature à modifier la nationalité d'un Français, [on ne saurait invoquer comme preuve de cette opinion une décision ministérielle du 28 vendémiaire an IX déclarant que l'acceptation du titre de commissaire des relations commerciales n'entraîne aucune mutation dans la nationalité. C'est précisément résoudre la question par la question, le Code en indiquant les causes de perte de la qualité de français a très bien pu abroger cette disposition, car ces fonctions sont la plupart du temps salariées et peuvent rentrer dans l'hypothèse prévue par le paragraphe 2 de l'article 47 mais c'est sur l'exequatur qui accrédite le consul que nous allons nous appuyer ; il y est dit que le français ne se prévaut pas de ses fonctions pour se soustraire à ses obligations de national, la conclusion découle facilement et saute aux yeux ; les fonctions consulaires

1. Sirey 19-1-197.

par elles-mêmes ne suffisent pas pour faire perdre la qualité de Français. Le décret de 1811 vise les ambassadeurs et nous rappellerons plus tard ses principales dispositions. Nous y verrons également (art. 2 et 19) que l'autorisation du gouvernement d'accepter des fonctions à l'étranger est accordé par lettres patentes du ministre de la justice enregistrées à la Cour d'appel du dernier domicile de celui qu'elles concernent. Aujourd'hui un décret rendu sur la proposition du ministre de la justice est inséré au bulletin des lois. Les Français qui ont accepté des fonctions à l'étranger sans y être autorisés voient leur situation aggravée sous le décret de 1811. L'article 18, c'est-à-dire la faculté de recouvrer la qualité de Français en rentrant en France avec l'autorisation du gouvernement ne leur est plus applicable, il leur faut des lettres de relief ; même ceux qui ont obtenu une autorisation préalable doivent à tout instant être prêts à rentrer en France sur l'injonction du gouvernement.

III. — *De l'établissement en pays étranger sans esprit de retour.*

C'est à l'appréciation des magistrats qu'est laissé le soin de décider si le Français établi à l'étranger a conservé ou non l'esprit de retour, à eux de rechercher la véritable intention. La loi ne peut supposer facilement la renonciation à la qualité de Français puisque c'est une peine qu'elle prononce dans certains cas, aussi l'esprit de retour est-il toujours présumé et c'est à celui qui aurait intérêt à alléguer la perte de cette qualité de Français qu'incombe la preuve que l'établissement a été fait sans esprit de retour.

Ainsi chacun des faits suivants pris isolément ne sau-

rait suffire à fournir une preuve complète : mariage à l'étranger avec une étrangère, changement de religion, prolongation de résidence en pays étranger.

Le Français qui a fondé à l'étranger un établissement de commerce est présumé avoir conservé l'esprit de retour ; il ne faut point toutefois traduire trop littéralement le dernier alinéa de l'article 17 et en extraire ce principe que dans aucun cas l'établissement de commerce à l'étranger ne pourra servir à établir la perte de tout esprit de retour. Seul l'établissement de commerce ne sera point un argument décisif, il en sera tout différemment dans le cas où à cet élément de preuve se joindront d'autres faits tels que le mariage à l'étranger et une correspondance ou se manifesterait une intention bien arrêtée. La femme qui suit son mari à l'étranger ne cesse pas comme lui d'être Française, la loi ne peut la placer entre l'accomplissement d'un devoir et la perte de sa nationalité, il faudrait qu'elle renonçât à tout esprit de retour et que cette résolution fût accompagnée d'indices qui ne laissassent aucun doute.

IV. — *Mariage d'une Française avec un étranger.*

La loi présume que la femme, sans distinguer si elle est majeure ou mineure, a voulu s'associer à la nationalité de son mari comme elle a voulu s'associer à son existence. Le Code civil, art. 12, en décidant que l'étrangère épousant un Français deviendra Française, ne devait pas tarder à admettre la réciprocité et à considérer comme étrangère la femme française qui épouse un étranger (art. 19). La rédaction de ce dernier article a trahi la pensée des rédacteurs du Code, ce qu'ils ont voulu dire c'est que la femme française cesserait d'être Française, ils ne pouvaient pas lui donner une qualité que la loi étrangère lui refusera peut-

être. Ainsi, avant la loi du 12 mai 1870 la femme française qui épousait un Anglais ne devenait pas Anglaise. Elle cessait d'être Française mais ne pouvait obtenir la qualité d'Anglaise que ne lui concédait pas la loi britannique. Depuis l'acte du 12 mai, la nationalité britannique s'acquiert par le mariage. Elle ne saurait acquérir la nationalité de son mari qu'autant que la loi étrangère la lui conférerait. On avait proposé au Conseil d'État d'admettre un tempérament et de permettre à la femme épousant un étranger de jouir en France des droits civils, mais cette idée n'a point prévalu, parce qu'elle aurait permis à la femme de jouir des droits civils en France et dans sa nouvelle patrie.

Dès le moment du mariage la femme cesse d'être régie par les lois personnelles de la France, nous pensons que c'est à la loi du domicile du mari qu'il faut dès lors s'attacher pour savoir si, afin de s'obliger ou d'estimer en justice elle a besoin en France de l'autorisation maritale.

Rappelons l'opinion que nous avons émise plus haut que si le mari change de nationalité pendant le mariage, la nationalité de la femme de sera pas atteinte (Douai, 3 août 1858. D. P. 58. 2. 218. 219.)

Si le mariage est considéré comme nul, la femme est réputée avoir toujours conservé la qualité de Française, et elle peut rentrer en France sans l'autorisation du gouvernement.

Toute femme française ayant épousé depuis le 20 mai 1871 un Alsacien-Lorrain qui n'a pas opté, a perdu la nationalité française et est devenue Allemande. (La loi du 1 juin 1870, étendue à l'Alsace-Lorraine depuis le 8 janvier 1873 lui confère cette dernière nationalité.)

V. — D'après l'article 21 le service militaire à l'étranger

entraîne la perte de la qualité de Français ; il en est de même de l'affiliation à une corporation militaire étrangère. Cependant le mineur s'engageant dans une armée étrangère ne doit pas être considéré comme ayant abdiqué sa qualité de français ; il en serait de même s'il se soumettait après l'âge de sa majorité à l'engagement souscrit auparavant et qu'il n'est pas libre de rompre¹.

VI. — Nous ne parlerons point d'une autre cause de déchéance prononcée par le décret du 29 avril 1848 du gouvernement provisoire contre ceux qui se livrent au commerce des nègres.

VII. — Déchéances résultant des décrets du 5 avril 1809 et du 26 août 1811.

Ces décrets impériaux ont été souvent attaqués comme inconstitutionnels et des auteurs ont discuté s'il fallait leur attribuer force de loi. La date de leur promulgation suffit pour rappeler dans quelles circonstances ils sont intervenus, c'est au moment où la France allait entreprendre de nouvelles luttes, de là l'esprit dans lequel ils ont été conçus ; ils viennent aggraver notablement les peines prononcées par le Code civil contre le Français qui abdique sa nationalité. Le pouvoir exécutif, a-t-on dit, ne saurait s'identifier avec le pouvoir législatif. N'y a-t-il pas là une dérogation expresse au principe de la séparation des pouvoirs ? Sous la constitution de frimaire an VIII, qui régissait alors le mécanisme des institutions publiques, les décrets législatifs étaient valables si dans les dix jours ils n'étaient déférés au Sénat pour inconstitutionnalité. Avec la jurisprudence, nous pensons que ces *décrets* sont

1. En ce sens, Cour d'Amiens, 24 janvier 1849.

valables, il nous suffit que le Sénat n'ait pas été appelé à se prononcer sur leur validité, et nous n'avons point à nous inquiéter des causes qui auraient pu rendre l'examen du Sénat impossible : ainsi la suppression en 1807 du Tribunal auquel ressortait la dénonciation de ces actes illégaux.

Le décret du 6 avril 1809 établit des peines contre les Français qui auront porté les armes contre la France depuis le 1^{er} janvier 1804 et les rend justiciables de cours spéciales, même dans le cas où ils auraient obtenu des lettres de naturalisation d'un gouvernement étranger. Il oblige les Français, au service militaire d'une puissance étrangère avec ou sans autorisation, à rentrer en France « dès le moment où les hostilités commencent entre cette puissance et la France, et à justifier de leur retour dans le délai de trois mois à compter du jour des premières hostilités. Sont astreints au retour en France et doivent le faire constater de la même façon les Français titulaires à l'étranger de fonctions politiques, administratives ou judiciaires. Quant à la femme française mariée avec un étranger, il n'en est pas question dans le décret et pour le Français ayant un établissement de commerce à l'étranger, sa situation est définie par l'article 29. S'il est un Français qui n'a pas de service militaire chez l'étranger, ou n'y exerce aucune des fonctions énumérées ci-dessus, il n'est justiciable des tribunaux spéciaux qu'autant qu'il aura été nominativement rappelé par un décret publié dans la forme requise pour la promulgation des lois. La mort civile étant abolie depuis le 31 mai 1854 le décret reste inapplicable sur ce point ; la peine de mort, la confiscation, la compétence des cours spéciales demeurent aussi inapplicables, car le Code pénal de 1810, article 484, statue que dans toutes les matières qui n'ont pas été réglées par le présent Code et qui sont

régies par des lois et règlements particuliers, les cours et tribunaux continueront de les observer, or dans les articles 75 et suivants, sont prévus et punis les crimes contre la sûreté extérieure de l'État. De plus la charte de 1814 abolit la confiscation et les cours spéciales qui n'ont jamais été rétablies. Ce qui subsiste du décret de 1809 ce sont les formalités de rappel des Français au service d'une puissance étrangère et la constatation de leur retour ; à cet effet, il doivent se présenter devant le procureur du tribunal de première instance de leur domicile et requérir acte de leur présence.

Le décret du 26 août 1811 concerne les Français naturalisés en pays étranger avec ou sans autorisation et ceux qui sont déjà entrés ou qui voudraient entrer au service d'une puissance étrangère. Son but est d'empêcher la confusion entre les sujets que des motifs légitimes portent à se faire naturaliser à l'étranger avec ceux dont la conduite revêt le caractère de félonie « aucun Français ne peut être naturalisé en pays étranger sans autorisation, laquelle est accordée par lettres patentes insérées au *Bulletin des lois* et enregistrées par la cour d'appel du dernier domicile ; aujourd'hui l'autorisation est accordée par un décret rendu sur le rapport du garde des sceaux et inséré au *Bulletin des lois*.

Le titre II établit des peines contre tout Français naturalisé en pays étranger sans autorisation, d'abord la perte de ses biens qui seront confisqués (disposition abolie par la charte de 1814), il n'aura plus le droit de succéder (art. 6) ; s'il est retrouvé sur le territoire de l'empire, la première fois il sera arrêté et reconduit au delà des frontières, en cas de récidive poursuivi devant les tribunaux et condamné à la détention (art 11).

Pour être relevé de ces déchéances, il faut la concession

de lettres de relief. Nous avons parlé sommairement de l'article 6 du décret, peut-être est-il utile de revenir sur son interprétation ! L'incapacité de succéder existe-t-elle encore malgré la loi du 14 juillet 1819, dont l'article 1^{er} est ainsi conçu : « les articles 726 et 912 du Code civil sont abrogés, en conséquence les étrangers auront le droit de succéder, de disposer et de recevoir de la même manière que les Français dans toute l'étendue du royaume ? » Aucune distinction n'apparaît entre les naturalisés avec ou sans autorisation du gouvernement, la loi parle des étrangers en général. Cependant nous pensons que le décret de 1811 n'a subi sur ce point aucune modification, pourquoi aurait-il édicté une incapacité qui était alors de droit commun, s'il n'avait voulu soustraire cette disposition législative à l'influence des traités ou aux variations du code civil.

L'article 18 du Code civil se trouve modifié par le décret, en ce sens qu'il ne suffira plus à un ex-Français ayant accepté des fonctions publiques ou s'étant fait naturaliser à l'étranger, de rentrer en France avec l'autorisation du gouvernement, il lui sera nécessaire d'obtenir des lettres de relief. Quant au Français qui aura pris du service militaire sans autorisation préalable et encouru la déchéance de l'article 21, sa situation se trouve considérablement améliorée par le décret de 1811 qui lui permet de recouvrer la qualité de Français sans le stage de trois ans et au moyen de lettres de relief.

Les Alsaciens-Lorrains devenus Allemands par suite de l'annexion n'ont point à se préoccuper des dispositions que nous avons analysées. Si plus tard il veulent recouvrer la qualité de Français qu'ils s'inspirent de la théorie que nous soutiendrons en examinant l'article 18. Mais il en est différemment des Alsaciens-Lorrains ayant opté et qui posté-

rieurement ont accepté des fonctions à l'étranger ; pour eux les décrets restent applicables et ils doivent remplir les prescriptions exigées par le décret, s'ils veulent recouvrer la qualité de Français.

CHAPITRE V

ACQUISITION ET RECOUVREMENT DE LA QUALITÉ DE FRANÇAIS PAR LES ALSACIENS-LORRAINS.

Nous examinerons séparément les modes d'acquisition et de recouvrement de la qualité de Français par les majeurs, les femmes mariées et les mineurs.

Avant d'aborder cette étude, rappelons qu'un étranger, d'après l'article 13, peut avec l'autorisation du gouvernement être admis à établir son domicile en France et y jouir de tous les droits civils tant qu'il continue d'y résider. Sa condition juridique diffère dès lors très peu de celle d'un Français ; il ne sera pas astreint à fournir la caution *judicatum solvi* et même si l'on suit la jurisprudence (Douai 28 juin 1877) il pourra actionner les étrangers devant les tribunaux français pour obligations contractées envers lui en pays étranger (art. 14). Il pourra exiger la caution *judicatum solvi*. Son état et sa qualité, toutefois, continueront d'être régis par les lois de son pays, l'état et la capacité d'un Français au contraire sont régis par la loi française, de là proviennent des différences notables : l'étranger n'est pas admis à se prévaloir de l'art. 2 de la loi du 14 juil-

1. Dalloz, *Code civil annoté*, sur l'art. 13.

et 1819 établi au profit exclusif d'un Français : « dans le cas de partage d'une même succession entre des cohéritiers étrangers et français, ceux-ci prélèveront sur les biens situés en France une portion égale à la valeur des biens situés en pays étranger dont ils seraient exclus à quelque titre que ce soit en vertu des lois et coutumes locales ». L'âge de la majorité peut varier dans les deux pays (pour les Alsaciens-Lorrains cette remarque est sans importance puisque le Code civil est encore aujourd'hui en vigueur en Alsace-Lorraine).

La Cour de Paris, en application de la règle que nous avons énoncée touchant le statut personnel de l'étranger, a décidé que si d'après les lois de son pays l'étranger est incapable, comme religieux entré dans les ordres, de contracter mariage, cette incapacité le suit en France et par conséquent est nul le mariage qu'il y a formé (13 juin 1814).

Une loi du 25 juin 1874 modifiant l'article 105 du Code forestier a amélioré la situation de l'étranger autorisé à fixer son domicile en France en lui permettant de participer au partage des bois d'effouage s'il est chef de famille ayant un domicile réel et fixe dans la commune.

Remarquons l'expression dont se sert l'article 13 (droits civils), dans aucun cas l'étranger n'est admis à jouir des droits politiques, il ne peut participer à l'élection des conseillers municipaux ou généraux ni aux élections législatives.

Au gouvernement seul appartient le droit de statuer d'après les renseignements recueillis sur la demande de l'étranger, à lui de discerner les vrais motifs. Les formalités à accomplir sont retracées dans le décret du 17 mars 1809. Cette situation créée par l'art. 13 est tout à fait transitoire, elle facilite à l'étranger qui aspire à devenir Fran-

çais le stage de trois ans qu'exige la loi et dont la rigueur se trouve de cette manière singulièrement adoucie, c'est un acheminement vers la naturalisation ; nous pensons toutefois qu'il serait arbitraire de refuser l'autorisation par cette seule raison que l'étranger n'a point l'intention de se faire naturaliser ultérieurement. Le gouvernement est toujours maître de retirer l'autorisation et d'appliquer la loi du 3 décembre 1849 dont l'article 7 § 2 prévoit spécialement le cas de l'étranger ayant fixé légalement son domicile en France : le ministre de l'intérieur peut par mesure de police enjoindre à tout étranger même à celui qui aura obtenu l'autorisation d'établir son domicile en France, de sortir immédiatement du territoire français, mais après un délai de deux mois la mesure cesse d'avoir son effet si l'autorisation n'est pas révoquée par décision du gouvernement qui doit prendre l'avis du Conseil d'État.

Pour participer aux droits civils une résidence continue n'est pas obligatoire, les tribunaux ont toute latitude pour apprécier les circonstances, mais l'étranger ne pourra comme un Français invoquer la présomption qu'il n'avait pas quitté la France sans esprit de retour, ce sera toujours à lui qu'incombera la preuve qu'il a entendu y conserver son domicile.

L'autorisation pure et simple d'établir son domicile en France accordée à un étranger ne s'étend ni à sa femme, ni à ses enfants ni à sa domesticité (en ce sens Dalloz, *Jurispr. gén.*, droits civils n° 410) et M. Demolombe ¹ pense qu'en matière d'autorisation la règle générale est que les effets sont personnels et que dans ce cas particulier il n'y a pas une raison suffisante d'y déroger. Cette opinion à

1. Demolombe t. I, n° 269.

laquelle nous nous rallions est combattue par MM. Aubry et Rau qui s'expriment ainsi ¹ : « l'autorisation accordée à un étranger s'étend virtuellement à sa femme ainsi qu'aux enfants soumis à sa puissance paternelle car l'obtention de l'autorisation n'est pas comme la naturalisation soumise à l'accomplissement de conditions préalables et que d'autre part une concession dont le seul effet est de faire jouir l'étranger des droits civils sans entraîner la perte de sa nationalité d'origine ne peut être qu'avantageuse à ceux qui l'obtiennent, mais comme la jouissance des droits civils est en outre subordonnée à la condition de la résidence en France et comme cette condition toute de fait, doit d'après sa nature être personnellement accomplie par ceux qui aspirent à cette jouissance, les enfants mineurs et la femme de l'étranger ne peuvent y prétendre qu'autant qu'ils ont individuellement satisfait à cet égard aux exigences de la loi. » En ce sens, Bordeaux, 14 juillet 1845. — Sirey, 46, 2, 394.

Ce système a le grave inconvénient d'admettre à une faveur des personnes qui peuvent en être peu dignes puisque l'enquête a pu ne porter que sur la moralité de l'impétrant qui pouvait avoir intérêt à dissimuler l'existence d'autres personnes de sa famille.

Un mineur émancipé est recevable dans sa demande d'établir son domicile en France. — Bordeaux, 24 mai 1876, D. P. 1868, II, 79.

Le gouvernement concède très facilement aux Alsaciens-Lorrains le bénéfice de l'article 13 ; certains d'entre eux ne peuvent invoquer l'article 18 que le gouvernement applique seulement à ceux munis d'un certificat d'émigration ou nés postérieurement au 1^{er} janvier 1851 :

1. Aubry et Rau, t. I, n° 79.

ils jouissent ainsi d'une condition qui leur permet d'attendre le décret de naturalisation.

Il est très fréquemment fait remise aux Alsaciens-Lorrains des droits de sceau s'élevant à 175,25. — L'article du projet de loi sur la nationalité tel qu'il est proposé par le conseil d'État supprime (art 10) l'admission au domicile telle que l'ont conçue les rédacteurs du Code. l'admission au domicile ne doit plus être désormais que le premier acte de la procédure en naturalisation ; de plus l'autorisation obtenue par le chef de famille s'étend à sa femme et profite à ses enfants mineurs. L'article 7 du projet dit que l'admission à domicile est périmée si elle n'est pas suivie dans le délai de cinq ans d'une demande en naturalisation.

SECTION I. — Des Majeurs.

L'acquisition de la qualité de français s'obtient aisément par certaines personnes nées de parents étrangers sur le territoire français, ou nées sur le territoire français ou étranger de parents ayant abdiqué leur qualité de Français, mais cette acquisition est entourée de conditions plus onéreuses pour les personnes nées sur un territoire étranger de parents étrangers ; indépendamment de l'origine, la qualité de Français peut résulter du bienfait de la loi, de l'application de l'art. 9 ou de la naturalisation ¹.

De l'acquisition de la qualité de Français par le bienfait de la loi

Devenir Français par le bienfait de la loi c'est bénéficier d'une disposition législative que l'on est en droit d'in

1. Consulter le rapport de M. Camille Sée.

voquer en remplissant certaines formalités. Le gouvernement n'a point à intervenir, car aucune sollicitation ne lui est adressée, comme dans les articles 13 et 18 ; aucun stage n'est imposé comme au cas de naturalisation, en un mot ce n'est pas une faveur que réclame l'étranger, il requiert simplement l'application de la loi.

La naissance sur le territoire français produit cet effet important (art 9) que « tout individu né en France d'un étranger peut dans l'année qui suit l'époque de sa majorité réclamer la qualité de Français ; pourvu que dans le cas où il résiderait en France il déclare que son intention est d'y fixer son domicile, et que, dans le cas où il résiderait en pays étranger il fasse sa soumission de fixer en France son domicile et qu'il l'y établisse dans l'année à compter de l'acte de soumission. » On pense que les enfants nés dans de telles conditions ont du moins l'esprit français les habitudes françaises et l'attachement que chacun a naturellement pour le pays qui l'a vu naître.

Sous l'empire du Code civil, la déclaration devait sous peine de déchéance être faite dans l'année qui suit l'époque de la majorité, nous pensons que l'âge de la majorité est celui fixé par la loi française, et non celui de la loi étrangère, cette remarque que nous avons déjà faite est sans application aux Alsaciens-Lorrains, le Code civil étant en vigueur en Alsace-Lorraine mais la loi du 22 mars 1849 a apporté à cette règle un tempérament en étendant le délai de l'article 9 et en permettant à deux catégories de personnes de faire à toute époque leur déclaration :

1° A celles qui ont servi dans les armées de terre ou de mer ;

2° Ou qui ont satisfait à la loi du recrutement sans exciper de leur extranéité.

L'étranger qui aura rempli la formalité réclamée par la loi sera censé être Français depuis sa naissance, car l'acquisition de cette qualité était subordonnée à une condition qui est accomplie et la condition réalisée agit rétroactivement. (Code civil, 1179) ¹.

Indépendamment de cette prorogation de délai, d'autres modifications que nous ne pouvons passer sous silence ont ont été apportées au texte primitif de l'article 9.

Le gouvernement se trouvait désarmé en présence d'individus nés sur le territoire français d'étrangers qui eux-mêmes y étaient nés. Ils n'avaient aucune nationalité définie, ne satisfaisaient à aucune des obligations que les états sont en droit d'exiger de leurs sujets et se perpétuaient sur le sol français sans qu'on pût les astreindre au service militaire sous peine de les voir opposer leur nationalité étrangère. C'est pour obvier à ce grave inconvénient qu'intervint la loi des 7-12 février 1851 considérant comme Français tout individu né en France d'un étranger qui lui-même y était né, si dans l'année qui suivait sa majorité il ne réclamait la qualité d'étranger par une déclaration faite devant l'autorité, loi complétée par celle du 16 décembre 1874 exigeant une nouvelle formalité « l'étranger doit aussi justifier avoir conservé sa nationalité d'origine par une attestation en due forme de son gouvernement. »

Une autre innovation étend le bénéfice de l'article 9 aux enfants de l'étranger naturalisé français quoique nés en pays étranger (loi du 7 février 1851, article 2), pour les enfants mineurs lors de la naturalisation, la déclaration doit être faite dans l'année qui suit l'époque de leur majorité, pour les enfants majeurs lors de la naturalisation la déclaration doit

1. En ce sens cassation 19 juillet 1848.

être faite dans l'année qui suit celle de ladite naturalisation.

Enfin il nous reste à mentionner deux lois récentes, la loi du 14 décembre 1882 et celle du 28 juin 1883.

Les mineurs, d'après la loi de 1882, même ceux nés à l'étranger avant la naturalisation des parents, peuvent s'engager volontairement ou entrer dans les écoles du gouvernement à l'âge fixé par les lois et règlements, en déclarant qu'ils renoncent à la qualité d'étranger et adoptent la nationalité française.

La même faculté est accordée aux enfants mineurs d'un Français qui aurait perdu la qualité de Français par l'une des trois causes exprimées dans l'article 17 du Code civil si le père recouvre sa nationalité d'origine conformément à l'article 18.

La loi du 28 juin 1883 étend le bénéfice de la disposition que nous venons d'analyser aux enfants mineurs nés en France d'une femme française mariée avec un étranger lorsqu'elle recouvre la qualité de Française conformément à l'article 19 du Code civil. Sont assimilés à ces individus les mineurs, orphelins de père et de mère, nés en France d'une Française mariée avec un étranger.

Si l'enfant n'avait été que conçu en France et qu'il fût né en pays étranger d'un étranger il ne jouirait point de la faculté accordée par l'article 9. Les termes de la loi supposent la naissance sur le sol français, et dans cette circonstance il n'y a pas lieu d'appliquer la maxime *infans conceptus pro nato habetur quotiescumque de commodis ejus agitur*. L'enfant, en effet qui n'a été conçu qu'en France ne présente point les mêmes garanties d'affection et d'attachement pour notre pays que celui qui y est né et y a été élevé, du reste la loi n'a pu faire résulter d'un fait obscur, susceptible d'autant de contestations, une qualité aussi importante que la nationalité.

Enfin devient Français par le bienfait de la loi, l'enfant né à l'étranger d'un père qui a perdu la qualité de Français (article 10) ; ici aucun délai n'emporte déchéance, à toute époque de sa vie il pourra remplir les formalités prescrites par l'article 9 ; seulement il y a lieu d'établir une distinction entre l'enfant né à l'étranger d'un ex-Français et l'enfant né en France d'un étranger, le premier, comme nous venons de le faire observer, jouira d'un délai indéterminé pour faire sa déclaration, mais il ne sera point admis à jouir des droits qui auraient pu s'ouvrir à son profit auparavant, l'article 20 n'admet point la rétroactivité et nous devons nous incliner, quoiqu'il paraisse étrange de voir l'enfant né en France de l'étranger profiter de droits ouverts antérieurement à sa déclaration tandis que d'un autre côté la loi se montre plus sévère vis-à-vis de lui en restreignant à une année le délai dans lequel sa déclaration sera recevable.

Quant à l'enfant né en France d'un ex-Français qui lui-même y est né, il est Français de plein droit en vertu de la loi du 7 et 12 février 1851 s'il n'a pas dans l'année qui suit sa majorité réclaté la qualité d'étranger¹.

La qualité de Français se recouvre plus ou moins facilement suivant la manière dont elle a été perdue. C'est ainsi que le Français qui aura pris du service militaire à l'étranger devra pour être réintégré dans son ancienne nationa-

1. Dans le projet de loi actuellement soumis au Sénat les articles 9 et 10 sont remplacés par la disposition suivante : Peuvent être naturalisés français à partir de l'âge de 18 ans jusqu'à l'âge de 22 ans accomplis, en prouvant qu'ils ont eu en France une résidence habituelle de trois ans pendant les cinq années qui ont précédé leur demande en naturalisation : 1^o l'individu né en France d'un étranger, 2^o l'individu né en France ou à l'étranger d'un Français qui a perdu cette qualité. — Dans les deux cas la naturalisation est conférée sur demande par décret, le Conseil d'État entendu.

lité, rentrer en France avec l'autorisation du gouvernement et obtenir la concession de lettres de relief. Sous l'empire du Code, il était soumis à toutes les prescriptions imposées à l'étranger pour devenir citoyen.

Application de l'article 18.

Mais ces conditions rigoureuses ne sont point exigées de la part du Français qui a perdu sa nationalité dans les cas prévus par l'article 17, c'est-à-dire en se faisant naturaliser à l'étranger, en acceptant des fonctions conférées par un gouvernement étranger sans autorisation du chef de l'État, et en se fixant à l'étranger sans esprit de retour. La loi est ici en présence d'individus qui soit par intérêt, soit par ambition n'ont pas hésité à sacrifier leur nationalité, ont brisé les liens qui les attachaient à leur patrie d'origine et ont mis au service d'une nation étrangère leur industrie ou leur courage, et cependant elle se montre favorable à ceux-là mêmes dont l'égoïsme a été le seul guide. Elle leur facilite les moyens de reconquérir leur ancienne nationalité : qu'ils rentrent en France avec l'autorisation du gouvernement, qu'ils déclarent que leur intention est de s'y fixer et les voilà de nouveau admis à jouir de tous les avantages attachés à la qualité de Français. Ne serait-il pas souverainement rigoureux quand on voit le législateur agir avec tant de bienveillance vis-à-vis d'anciens Français qui se sont montrés peu dignes de la faveur qu'on leur accorde, de refuser le même bénéfice aux Alsaciens-Lorrains ? Beaucoup d'entre eux retenus dans les pays annexés par des attaches qu'ils ne pouvaient rompre sous peine de voir leur patrimoine s'évanouir sont restés là bas avec cette espérance entretenue religieusement au fond du cœur que la fortune leur rendrait bientôt leur an-

cienne nationalité. Ils n'ont point opté et aujourd'hui que la réalité n'a point répondu à leurs espérances et qu'ils voudraient recouvrer la qualité de français, n'est-il pas équitable de les faire profiter du bénéfice de l'article 48 ? Les sentiments qu'ils manifestent ont percé dans de douloureuses circonstances et nous devons d'autant plus secourir leurs patriotiques aspirations que nous connaissons mieux les promesses qu'ils ont à dédaigner et les obstacles qu'ils surmontent pour venir témoigner leur attachement à la France.

Si, comme nous le pensons, les Alsaciens-Lorrains peuvent recouvrir la qualité de Français en rentrant en France avec l'autorisation du gouvernement, ils n'ont qu'à adresser leur demande au garde des sceaux, attendre un décret rendu par le président de la République qui devient parfait par l'insertion au *Bulletin des lois*.

Quelque temps après la signature du traité, des publicistes recherchaient les moyens de faciliter aux Alsaciens-Lorrains leur réintégration, soit parce qu'ils avaient cédé à de rigoureuses nécessités les empêchant d'opter, soit simplement parce qu'ils avaient laissé négligemment les délais légaux s'écouler. Ils demandaient (voir le *Moniteur* du 20 juillet 1872) que la France votât une loi en vertu de laquelle les anciens Français d'Alsace-Lorraine fussent admis à une naturalisation privilégiée et dispensés notamment des conditions de délai et de domiciles imposées par le droit commun. Ce qui les poussait à réclamer une loi spéciale sans se préoccuper de l'article 48, c'est la confusion faite dans leur esprit entre les événements de 1814 et ceux de 1871. En 1814 une loi spéciale était indispensable, elle avait dû être votée pour permettre aux habitants des territoires cédés de reconquérir la nationalité française ! Voilà un précédent et il n'y avait qu'un examen des plus rapides qui

pût permettre de l'invoquer en 1871 comme une preuve péremptoire. La situation des territoires cédés en 1814 est loin d'être identique à celle de l'Alsace-Lorraine. En 1814 on a considéré les provinces cédées comme n'ayant jamais fait partie intégrante de la France et par conséquent les habitants de ces pays, comme n'ayant jamais été Français ? Comment dès lors aurait-on pu leur permettre d'invoquer l'article 18 qui est une faveur accordée seulement aux anciens Français ?

La loi du 14 octobre 1814 examine plusieurs catégories d'individus : d'abord pour les Français d'origine établis dans les pays détachés au moment du démembrement rien n'était exigé, quant aux indigènes, il y avait des distinctions à établir dans le détail desquelles nous n'entrons pas ; l'économie générale de la loi indique une tendance très nette de favoriser tous ceux qui désirent la qualité de Français. Ajoutons que le roi était toujours libre d'abrégér le délai fixé par la constitution de l'an VIII et que dans aucun cas comme le rapporte M. Alauzet, *De la qualité de français*, n° 107 « la déchéance n'a été opposée et les dix ans de résidence n'ont été exigés, comme condition légale au moins, des habitants des anciens départements cédés qui jusqu'à la loi du 3 décembre 1849 ont sollicité leur naturalisation ?

Pourquoi ne pas s'inspirer de l'esprit de la loi de 1814 et ne pas favoriser tous ceux qui veulent redevenir Français ? On venait en aide autant que possible à ceux qui manifestaient leur attachement pour leur ancienne patrie et aujourd'hui le traité de Francfort qui ne produit aucun effet rétroactif nous permet d'invoquer une disposition qu'il était alors impossible d'appliquer.

Non, le seul mode de réintégration ou plutôt de conservation de la qualité de Français n'est pas celui indiqué

par le traité du 10 mai art. 2 ; non, en soutenant la théorie que nous avons émise, on ne permet pas d'abdiquer trop facilement la qualité d'Allemand, et nous ne pensons pas que le traité ait limité le nombre des individus pouvant conserver leur ancienne nationalité à ceux qui ont opté. Du reste les effets seront bien différents selon que l'on aura opté pendant la période déterminée par le traité ou que l'on aura recouvré postérieurement la qualité de Français par application de l'article 18. Tout optant est considéré comme ayant toujours été Français, au contraire sera considéré comme Allemand jusqu'au jour où il bénéficiera de l'article 18 l'individu qui n'aura point opté, car l'article 20 établit que lorsque la nationalité française est ainsi recouvrée, aucun effet rétroactif ne se produit. Nous avons déjà rappelé la jurisprudence du Tribunal de Vesoul et de la Cour de Nancy établissant que les Alsaciens-Lorrains sont Français jusqu'à l'expiration du délai qui leur est accordé pour opter. Mais s'ils négligent d'opter ils sont considérés comme Allemands depuis le 20 mai 1871, et tout Alsacien-Lorrain bénéficiant de l'article 18 ne pourra pas s'autoriser de sa qualité de Français pour réclamer les droits qui auraient pu s'ouvrir à son profit du 20 mai 1871 au jour de sa réintégration.

Sans nous attarder aux objections faites à notre opinion et qui nous paraissent suffisamment réfutées, on peut ajouter que les termes de l'article 18 viennent la corroborer, surtout si l'on prend soin de les rapprocher du projet primitif où figurait le mot *abdiqué* qui semblait comprendre seulement les cas prévus par l'article 17 et dans lesquels la volonté joue un rôle bien accentué. Ce terme a été remplacé par le mot perdu beaucoup plus extensif et qui embrasse, sans qu'il soit besoin d'une mention spéciale, la perte de la nationalité provenant d'un démembrement.

Faisons valoir aussi les raisons impérieuses qui ont contraint un si grand nombre d'Alsaciens-Lorrains à rester dans des provinces où les retenaient les plus chers intérêts, rappelons les incertitudes, les hésitations de toutes sortes provenant de notes échangées entre les gouvernements, les espérances nourries dans tous les cœurs que l'annexion serait de courte durée, et nous comprendrons pourquoi tant de nos compatriotes n'ont point opté.

C'est seulement vers le milieu de septembre 1872 que le gouvernement se décidait à faire connaître les nouvelles exigences de l'Allemagne; on sait les difficultés qu'ont dû vaincre, dans plusieurs localités, ceux qui venaient faire leur déclaration, les obstacles à surmonter par ceux qui voulaient opter pour leurs enfants mineurs sans opter pour eux-mêmes.

Si c'est appliquer la loi que de seconder les aspirations de ceux qui, par ambition et dans un moment d'égarement, ont abandonné leur nationalité d'origine, c'est pénétrer plus profondément dans son esprit que de rendre leur patrie à ceux qui en ont été arrachés sans être consultés, et qui n'ont jamais cessé de lui témoigner tout leur attachement.

Le gouvernement français, après quelques hésitations, a décidé de faire bénéficier les Alsaciens-Lorrains de l'article 18 et, depuis 1874, les réintégrations ont été fréquentes. Il a été décidé d'un commun accord entre le département des affaires étrangères et celui de la justice qu'il ne serait donné aucune suite aux demandes de réintégration formées par les Alsaciens-Lorrains nés postérieurement au 1^{er} janvier 1851 à moins qu'ils ne puissent justifier de service dans l'armée française y compris la garde mobile avant le 17 décembre 1871 (tous les individus nés en Alsace-Lorraine depuis le 1^{er} janvier 1851 ou ayant servi en

France depuis le 17 décembre 1871 ont été dispensés par l'Allemagne de tout service militaire).

Il n'est fait d'exception à cette règle que pour les Alsaciens-Lorrains pouvant produire un certificat d'émigration les affranchissant de la nationalité allemande, soit d'une manière complète et absolue, soit à la condition que dans un délai qui ne serait pas expiré, ils aient acquis une autre nationalité. Ces restrictions à l'art. 18 sont empruntées à un communiqué du ministère de la justice. Le gouvernement a toute latitude pour admettre ou refuser les autorisations qui lui sont demandées ; si l'Alsacien-Lorrain est debouté de sa demande, qu'il sollicite le bénéfice de l'article 13, c'est-à-dire le droit d'avoir son domicile en France et d'y jouir des droits civils¹.

De la naturalisation.

La naturalisation est l'acte par lequel un étranger obtient les mêmes droits que s'il était né en France. Nous ne pouvons entrer dans le domaine des lois qui se sont succédées depuis 1790 ; qu'il suffise de rappeler que la révolution, plaçant l'acquisition de la qualité de Français dans le domaine de la loi la subordonne à des conditions devant manifester suffisamment l'attachement de l'étranger aux institutions de la France. Toutes les constitutions qui ont régi la France jusqu'à celle de l'an VIII ont soumis la naturalisation à des conditions plus ou moins rigoureuses. Voir les constitutions de 1791-1793, — art. 3 de la constitution du 22 frimaire an VIII — le sénatus-consulte du 17 février 1808 — consulter aussi l'ordonnance du 4 juin, 22 vendémiaire an XI perpétuée par le sénatus-consulte de

1. Voir sur l'application de l'art. 18 aux Alsaciens-Lorrains la *Revue générale d'administration*, année 1879.

1814, le décret du 17 mars 1809 et la loi du 3 décembre 1849. La loi actuellement en vigueur est celle du 29 juin 1867, elle réduit le délai du stage de dix ans à trois ans ; trois conditions sont rigoureusement exigées :

1° L'âge de vingt et un ans accomplis.

2° Un domicile établi avec l'autorisation du gouvernement (article 13, C. C.) ; est assimilé toutefois à la résidence en France le séjour en pays étranger pour l'exercice d'une fonction conférée par le gouvernement français.

3° Un stage dont le point de départ est le jour où la demande d'autorisation est enregistrée au ministère de la justice.

Les trois années de stage écoulées une nouvelle demande doit être adressée pour obtenir la naturalisation. Avant que le gouvernement statue sur l'admission de l'étranger comme naturalisé, le conseil d'État doit être consulté, il n'est pas nécessaire qu'il donne un avis conforme, son rôle se borne à éclairer le gouvernement sur la décision qu'il va rendre ; le ministre de la justice adresse ensuite son rapport au gouvernement qui statue librement d'après le résultat de l'enquête.

« Le délai de trois ans peut-être réduit à une seule année en faveur des étrangers qui ont rendu à la France des services importants, qui ont introduit en France soit une industrie, soit des inventions utiles, qui y ont apporté des talents distingués, qui y ont formé de grands établissements ou créé de grandes exploitations agricoles. » (Article 2, loi du 29 juin 1867.)

Il n'existe plus aujourd'hui comme autrefois deux naturalisations la grande et la petite. La première ne pouvait résulter que d'un vote du pouvoir législatif, et en même temps que la qualité de Français conférait la plénitude des

droits politiques notamment le droit de siéger dans les chambres, l'autre accordée par le chef du pouvoir exécutif n'accordait que les droits civils.

La loi du 29 juin 1867 ne reconnaît qu'une seule naturalisation dont le temps d'épreuve peut varier, mais qui concède tous les droits dont jouissent les Français d'origine. L'étranger acquérant la qualité de Français est mis sur le même rang que les autres Français, il n'y a plus d'exception pour le droit d'éligibilité, cependant les articles organiques du concordat (18 germinal an X) signalent une exception (V. art 16) : « on ne pourra être nommé évêque avant trente ans et si l'on n'est originaire français », M. Spire (Thèse de doctorat, Nancy, 1879) et nous nous rangeons à son avis parce que cette disposition ne saurait être opposée à l'Alsacien-Lorrain né Français, antérieurement au 2 mars (car le traité n'a eu aucun effet rétroactif) et qui depuis aurait recouvré la qualité de Français.

L'acquisition de la qualité de Français par la naturalisation ne produit aucun effet rétroactif et celui qui l'obtient ne doit se soumettre aux lois de sa patrie adoptée qu'à compter du jour du décret de naturalisation, par conséquent il y a lieu de décider qu'il conserve la jouissance de tous les droits qui lui sont acquis antérieurement, ainsi le second mariage qu'il aurait contracté dans son pays après avoir divorcé serait pleinement valable aux yeux de la loi française.

Les effets de la naturalisation sont individuels et restreints à la personne à laquelle elle a été conférée ; les enfants nés antérieurement à la naturalisation de leur père demeurent des étrangers, nous avons mentionné plus haut les facilités que leur ménageait la loi pour obtenir la qualité de Français (loi du 7-12 février 1811 modifiée par la loi du 14 février 1882); la naturalisation est subordonnée

à des conditions que doit remplir en personne l'individu qui y aspire. Elle est le résultat d'un contrat formé entre cet individu et la nation qui l'adopte, en considération de ses qualités et de l'accomplissement des conditions auxquelles il s'est personnellement soumis. La femme de l'étranger naturalisé demeure étrangère à moins qu'elle n'ait n'ait aussi accompli personnellement les conditions exigées pour la naturalisation et quelle ne se trouve nominalemt comprise dans l'acte qui a prononcé la naturalisation de son mari ou qu'elle n'ait été naturalisée séparément avec l'autorisation de ce dernier.

Les effets de la naturalisation sont donc essentiellement personnels et incommunicables. Ces idées pour lesquelles nous avons même emprunté les termes de MM. Aubry et Rau, t. I, n° 71, sont aussi défendues par M. Demolombe, t. I, n° 175.

Le décret du gouvernement de la Défense nationale du 26 octobre 1870 supprime momentanément le stage en faveur de certaines personnes, « le délai d'un an, dit l'article 1^{er} du décret, exigé par l'article 2 de la loi du 3 décembre 1849 modifiée par la loi du 29 juin 1867 pour la naturalisation exceptionnelle, ne sera pas imposé aux étrangers qui auront pris part à la guerre actuelle pour la défense de la France. En conséquence ces étrangers pourront être naturalisés aussitôt après leur admission à domicile sauf l'enquête prescrite par la loi. » Dans le dernier article du décret on voit que la dispense de stage pour la naturalisation ne pourra profiter qu'aux étrangers qui auraient fait leur demande de naturalisation avant l'expiration des deux mois qui suivront la cessation de la guerre ; le décret exempte de tous frais qui s'élèvent à la somme de 175,25 tous ceux qui sont visés par ses dispositions. Cette faveur est rarement accordée à des indigents car la France n'a

aucun intérêt à accueillir des individus de cette nature.

La naturalisation est acquise du jour de l'insertion du décret au *Bulletin des lois*. Voir arrêt cour de Paris, 19 février 1877.¹

Recouvrement de la nationalité française par les femmes mariées

Une femme française qui épouse un étranger perd la qualité de Française, car elle est présumée renoncer à sa nationalité pour suivre celle de son mari (article 19, § 1), mais à ce cas de déchéance correspond pour la femme un mode spécial de recouvrement c'est celui indiqué par l'article 19, § 2, si elle devient veuve elle recouvrera la qualité de Française pourvu qu'elle réside en France ou qu'elle y rentre avec l'autorisation du gouvernement.

Si elle réside en France lors de la dissolution du mariage, l'autorisation du gouvernement est inutile. Toutes les femmes françaises qui, postérieurement au 20 mai 1871

1. L'article 8 du projet de loi sur la nationalité établit qu'il sera statué « sur la demande en naturalisation après enquête sur la moralité de l'étranger, par un décret du président de la République rendu sur le rapport du ministre de la justice, le conseil d'État entendu. Si la demande est rejetée, il ne peut être formé de nouvelle demande d'admission à domicile avant un délai de deux années. »

La première disposition de l'article 8 est la reproduction du paragraphe final de l'article 1^{er} de la loi de 1867.

La seconde disposition a été insérée dans le projet afin de faire cesser un abus révélé par la pratique. Aucun délai n'était imposé aux étrangers pour renouveler une demande de naturalisation repoussée par le gouvernement. Ils recommençaient parfois la procédure en naturalisation peu après le rejet de la première requête. Ils ne pourront, à l'avenir, la reproduire avant l'expiration d'un délai que l'on a proposé de fixer à cinq ans, mais que la section a cru pouvoir réduire à deux ans. Voir pour de plus amples détails le rapport fait au nom de la section de législation par M. Camille Sée, conseiller d'État.

ont épousé des Alsaciens-Lorrains n'ayant pas opté pourront, lors de leur viduité, bénéficier de cette disposition. Nous pensons que la femme devenue veuve avant d'avoir atteint sa majorité peut recouvrer sa qualité de Française dans les conditions fixées par l'article 19 qui n'établit aucune distinction.

La femme Alsacienne-Lorraine qui n'a point opté obtiendra la nationalité française en épousant un Français en vertu du principe énoncé en l'article 12 : « l'étrangère qui aura épousé un Français suivra la condition de son mari. » Il ne faut pas étendre cette règle outre mesure, elle signifie que la femme acquiesce à la nationalité possédée par son mari du moment du mariage mais nullement à toutes les modifications que son statut personnel pourrait subir dans la suite.

Aucune dérogation provenant d'une convention entre les époux ne saurait être admise, même si la femme avait expressément stipulé dans son contrat de mariage qu'elle entend conserver sa nationalité d'origine. Ici la loi lui impose la qualité de Française et nous ne nous laissons point arrêter par cette objection que présente M. Murlon, t. II, n° 164 : à savoir que c'est un jeu puéril de forcer la femme à prendre une qualité qui lui répugne et de lui permettre de s'en affranchir aussitôt après le mariage par une naturalisation acquise dans sa patrie naturelle avec l'autorisation de son mari.

Mais quel serait le mode de recouvrement ouvert à une femme née en Alsace-Lorraine qui n'a point opté et se trouve mariée à un Français non originaire des pays cédés ?

Elle ne saurait bénéficier de l'article 19 qui cependant favorise la femme ayant volontairement renoncé à sa nationalité d'origine, puisqu'il prévoit l'hypothèse du veuvage.

Elle pourra, il est vrai, recourir à la naturalisation mais

les formalités précédant l'obtention du décret sont longues, nous les avons déjà indiquées ; indépendamment de l'autorisation du mari, la femme devra subir un stage de trois ans dont le point de départ sera le jour de l'enregistrement de la demande au ministère de la justice, renouveler, à l'expiration de ce délai, sa demande en naturalisation sur laquelle statuera le conseil d'État. Et ce n'est qu'enfin que sera rendu le décret sur le rapport du garde des sceaux. Il est donc souverainement rigoureux d'exiger d'une ancienne Française l'accomplissement de ces formalités si justes lorsqu'elles sont réclamées d'étrangers dont on veut mettre en relief l'attachement pour la France. Que l'on se souvienne comment cette femme a perdu sa nationalité alors que son mari restait Français ! Mais si la naturalisation nous présente avant d'être obtenue une situation transitoire trop désavantageuse, pourquoi ne pas la faire bénéficier de l'article 18 ? Ici aucune distinction entre l'homme et la femme, ce mot de français ne saurait être pris dans un sens restrictif, *genus masculinum complectitur et femineum*, et s'explique par les cas prévus dans l'article 17 qui la plupart du temps ne seront applicables qu'à des hommes.

Nous pensons également que, si les deux époux originaires d'Alsace-Lorraine avaient l'un et l'autre négligé d'opter, la femme pourrait récupérer la qualité de Française en invoquant l'art. 18, mais il appartiendrait au gouvernement, avant d'accorder l'établissement du domicile en France, de peser scrupuleusement les raisons pouvant porter la femme à solliciter la qualité de Française. Si elle est veuve ou divorcée sa seule volonté suffit, quoique notre législation n'admette point le divorce, nous devons cependant déduire les conséquences de cette décision légalement prononcée à l'étranger.

Du recouvrement de la qualité de Français par les mineurs.

Les mineurs ne peuvent être naturalisés ; une des principales conditions, l'âge de 21 ans, leur fait défaut, mais cet élément ne leur cause ici aucun préjudice et ils doivent être admis à invoquer l'article 18 qui n'établit point de distinction entre les majeurs et les mineurs. Les mineurs, toutefois qui ont encore leurs parents dans le cas où ceux-ci ne sont point domiciliés sur le territoire français ne seront point recevables dans leur demande car le mineur a son domicile chez ses père et mère (art. 108) il en sera différemment s'ils étaient émancipés.

Les effets provenant de l'admission de la demande sont personnels à celui qui l'a faite et les mineurs ne sont point compris dans celle de leurs parents. L'enquête à laquelle se livrera le gouvernement avant d'accéder à l'instance qui lui est faite ne portera que sur le postulant et il pourra parfaitement ignorer l'existence d'enfants peu soucieux d'acquérir la nationalité française ¹.

1. Nous nous rendons parfaitement compte que la logique nous imposait de traiter ici des lois du 14 février 1882 et du 28 juin 1883, mais nous avons préféré les expliquer à propos de l'article 9 de façon à ce qu'on pût suivre les progrès de la législation dans les modifications apportées au texte primitif par les lois postérieures.

MOYENS DE SE SOUSTRAIRE A LA NATIONALITE
ALLEMANDE.

La loi du 4^{or} juin 1870 sur l'acquisition et sur la perte de la nationalité fédérale et de la nationalité d'Etat a été étendue à tout l'empire d'Allemagne par la nouvelle constitution allemande, article 79, et est devenue ainsi loi de l'empire (reichs-gesetz); depuis le 8 janvier 1873, elle est applicable à l'Alsace-Lorraine.

Il est intéressant de faire connaître les dispositions de cette loi, elles mettront en lumière les principes sur lesquels ont dû s'appuyer les Allemands pour refuser la qualité de Français à tant d'Alsaciens-Lorrains que nous regardons comme ayant accompli toutes les prescriptions qui devaient leur conserver leur nationalité d'origine. De plus cet examen sommaire nous indiquera les moyens mis à la disposition de nos compatriotes pour se soustraire légalement à la nationalité allemande.

Si les Allemands ont repoussé les propositions des plénipotentiaires français qui voulaient considérer le domicile comme le *criterium* unique auquel il fallait s'attacher pour déterminer les individus atteints par le traité, c'est qu'ils admettaient l'existence d'un indigénat spécial Alsacien-Lorrain dissimulé sous l'indigénat Français.

En Allemagne on distingue deux nationalités reliées intimement, elles s'acquièrent et se perdent simultanément.

« La nationalité fédérale est acquise par toute personne qui a la nationalité d'État dans un pays de la Confédération et se perd avec elle. » (Article 1^{er}.)

Dans tous les états confédérés il n'en est point de même;

ainsi aux États-Unis le titre de citoyen américain est tout à fait indépendant de celui de citoyen d'un des états de l'union.

En Suisse, au contraire, celui-là seul est citoyen de la confédération helvétique qui est membre d'un canton.

La nationalité est acquise : 1° par la filiation ; 2° par la légitimation ; 3° par le mariage ; 4° pour un étranger par la naturalisation.

L'adoption par elle-même n'a aucune influence sur la nationalité.

La loi allemande ne tient aucun compte de la naissance sur le territoire fédéral ; les enfants nés d'étrangers dans la confédération ne sont pas placés dans une situation différente de celle des enfants nés d'étrangers hors de la confédération.

Quant aux enfants naturels, la loi décide qu'ils suivent toujours la condition de leur mère, cette règle a plus d'importance qu'en France, car dans certains états de l'Allemagne la recherche de la paternité est admise.

Nous avons déjà fait allusion antérieurement au droit qu'avaient les mineurs de solliciter la naturalisation dans le cas où ils avaient l'autorisation de leurs parents. Pour plus de détails sur les prescriptions nécessaires en cas de naturalisation nous renvoyons aux articles 8-9-10 de la loi et à l'analyse qu'a été faite du projet de loi par M. Lyon-Caen.

(Voir *Bulletin de la société de législation comparée*, juillet 1870, p. 238 et *Annuaire de législation étrangère* 1872 p. 183.)

Remarquons toutefois que si en France les effets de la naturalisation sont personnels à celui qui l'a sollicitée, il en est différemment en Allemagne où la concession de la nationalité d'état s'étend s'il n'est point fait de dérogation,

en même temps à la femme et aux enfants mineurs encore soumis à la puissance paternelle (art. 14).

Nous trouvons aussi une naturalisation tacite inconnue dans notre droit, elle résulte de l'admission par un gouvernement d'un étranger au service direct de l'état « soit à un service public immédiat ou médiat, soit à une fonction ecclésiastique, scolaire ou municipale, en tant qu'aucune réserve n'est insérée dans l'acte de nomination. » En France, la concession de fonctions publiques n'entraînerait dans aucun cas la naturalisation de plein droit, l'étranger toutefois à raison des services qu'il aurait pu rendre dans le poste où il a été appelé pourrait peut-être bénéficier de la disposition de l'art. 3 de la loi du 29 juin 1867 et voir réduire de trois ans à un an le stage qui lui est imposé.

La perte de la nationalité fédérale peut résulter : 1° de la démission du titre de citoyen acceptée par le gouvernement (permis d'émigration) ; 2° de la déchéance prononcée par jugement ; 3° du séjour prolongé à l'étranger pendant dix ans ; 4° pour les enfants naturels par la légitimation quand le père appartient à un autre état que la mère ; 5° pour une Allemande par son mariage avec un étranger.

Nous allons examiner très sommairement comment un Alsacien-Lorrain pourra cesser d'être allemand ; faisons observer auparavant que la loi fédérale ne donne point aux citoyens confédérés d'une façon absolue le droit d'abandonner leur patrie pour devenir citoyens d'un autre pays ; elle n'a aucune disposition mentionnant, parmi les causes de perte de la nationalité, la naturalisation acquise en pays étranger.

La femme Alsacienne-Lorraine qui épousera un Français perdra la nationalité allemande et deviendra française (Art 13), § 5.

Les permis d'émigration sont accordés à toute personne justifiant qu'elle ne le réclame pas exclusivement pour se soustraire au service militaire, ainsi ils ne sont point délivrés aux personnes âgées de dix-sept à vingt-cinq ans, à moins qu'elles ne produisent un certificat émané de l'autorité militaire d'où il résulte qu'elles ne seraient point admises au service militaire.

Le permis d'émigration est considéré comme non avenu, si dans un délai de six mois après la délivrance de l'acte qui l'accorde, celui qui l'a obtenu n'a pas transporté son domicile hors du territoire fédéral, nous avons déjà fait connaître que le gouvernement français n'accordait le bénéfice de l'art. 48 aux personnes nées postérieurement au 1^{er} janvier 1851, qu'autant qu'elles produisaient un permis régulier d'émigration.

Depuis plusieurs années de nombreux permis d'émigration ont été accordés à des jeunes gens dont les parents continuaient à résider dans les territoires cédés ; au début de l'annexion et dans la crainte que les Alsaciens-Lorrains ne profitassent avec trop d'empressement de la facilité que leur donnaient ces dispositions pour faire exempter leurs fils de la loi militaire, la chancellerie fédérale soutenait que les jeunes gens de moins de dix-sept ans ne peuvent avoir d'autre domicile légal que celui de leurs parents (108 du Code civil) et sont par conséquent incapables de remplir valablement les conditions de l'émigration. L'Allemagne oubliait que les enfants pouvant être émancipés par leurs parents à l'âge de 15 ans sont à partir de cette époque capables d'avoir un domicile propre, et elle mettait dans l'impossibilité d'opter ceux qui étant orphelins ne peuvent être émancipés qu'à l'âge de 18 ans. Mais elle a abandonné cette doctrine rigoureuse, et beaucoup de mineurs non émancipés ayant quitté l'Alsace-Lorraine

avec un permis d'émigration, alors que leurs parents continuaient à y résider, n'ont pas été inquiétés par l'administration lorsqu'ils rentraient momentanément dans les territoires cédés. Un séjour prolongé de dix ans à l'étranger fait perdre la qualité de citoyen confédéré (art. 21), le délai sus indiqué court du jour de la sortie du territoire fédéral, ou lorsque la personne qui le quitte est en possession d'un passe-port ou de certificats de domicile du jour où ces papiers cessent d'être valables.

Mais cette présomption que l'esprit de retour est perdu peut toujours être combattu par une preuve contraire qui résulterait de l'inscription sur le registre matricule d'un consulat fédéral.

Pendant dix ans les citoyens allemands restent soumis aux exigences de la loi allemande, ils restent tenus à toutes les obligations imposées à ceux qui résident dans le pays et comme pendant la même période ils peuvent être considérés par un état étranger comme ses nationaux, des conflits internationaux peuvent surgir, et, c'est pour obvier à cet inconvénient que la loi décide que des traités peuvent réduire à cinq ans le délai de dix ans pour ceux qui résident à l'étranger ont en même temps acquis une autre nationalité.

Un traité de ce genre a été conclu le 22 février 1868 avec les États-Unis.

Le permis d'émigration s'étend à la femme et aux enfants soumis à la puissance paternelle s'il n'y est point fait de dérogation. La perte de la nationalité d'État s'étendra aux mêmes personnes si elles se trouvent à l'étranger. V. art. 19 et 21, § 2.

POSITIONS

DROIT CIVIL

. — Tout individu né dans les territoires de l'Alsace Lorraine cédés à l'Allemagne par le traité de Francfort, doit pour conserver la nationalité française avoir fait une déclaration d'option, alors même qu'il aurait cessé d'être domicilié dans ces territoires au moment de l'annexion.

II. — L'article 2 du traité de Francfort n'a pas atteint les Français simplement domiciliés en Alsace-Lorraine ; ils n'ont pu perdre leur qualité de français postérieurement à l'annexion qu'en se plaçant dans une des situations prévues par les articles 17 et 21.

III. — Les mineurs nés en Alsace-Lorraine ont conservé la qualité de français, en optant avec le concours de leurs représentants légaux dont ils ne suivent pas nécessairement la nationalité.

IV. — Après la naissance, la nationalité du mineur est pleinement indépendante, elle ne varie pas avec celle de son représentant légal.

V. — La déclaration faite conformément à l'article 9 du Code civil produit un effet rétroactif.

VI. — Les changements de nationalité du mari après le mariage n'influent pas sur celle de la femme.

VII. — L'article 18 du Code civil est applicable à tous les habitants de l'Alsace-Lorraine, qui ont cessé d'être Français par suite du traité du 10 mai, sans qu'il y ait à faire de distinction de sexe et d'âge.

VIII. — Les individus originaires d'Alsace-Lorraine ont dû être considérés comme français pendant le délai qui leur a été accordé pour opter en faveur de la nationalité française.

IX. — Est Français tout enfant né depuis l'annexion sur le territoire français de parents Alsaciens-Lorrains qui n'ont point opté.

X. — Le fidéicommiss appelé de residuo ou de eo quod supererit ne constitue pas une substitution prohibée.

DROIT COMMERCIAL

Une opposition à la négociation de titres au porteur étrangers faite au syndicat des agents de change de Paris ne met pas obstacle à la négociation qui peut avoir lieu dans les bourses françaises.

Le mari qui a consenti à ce que sa femme fut commerçante peut rétracter son consentement, la femme a toutefois un recours contre une révocation purement arbitraire.

DROIT DES GENS

I. — Une cession de territoire doit être préalablement approuvée par la majorité des individus qu'elle atteint.

II. — Le délai accordé par un traité de cession pour exercer le droit d'option, doit-être suspendu en ce qui concerne les mineurs jusqu'au jour où ils atteindront leur majorité.

DROIT CRIMINEL

I. — La tentative légale de bigamie doit être punie comme le crime même.

II. — Il n'y a pas crime de bigamie lorsque le premier mariage bien qu'entaché de nullité, n'a pas encore été déclaré nul par le juge.

DROIT ROMAIN

I. — Le *judex quaestionis* est un personnage différent du préteur, et en l'absence de ce dernier c'est à lui qu'incombe la présidence de la *quaestio*.

II. — L'instruction d'un procès criminel est faite contradictoirement par les parties, elle est publique.

III. — En droit criminel, l'aveu n'entraîne pas nécessairement une condamnation, c'est un moyen de preuve laissé à l'appréciation des juges.

IV. — A l'époque des *quæstiones perpetuæ*, la détention préventive n'est employée que dans des cas tout exceptionnels.

V. — Dans les créances à terme, l'arrivée de l'échéance n'emporte pas mise en demeure du débiteur.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages.
INTRODUCTION.....	1
CHAPITRE 1 ^{er} . — <i>Traité de Francfort du 10 mai 1871 et convention additionnelle du 11 décembre 1871</i>	13
SECTION I. Des originaires.....	17
SECTION II. Des domiciliés.....	21
CHAPITRE II. — <i>De l'option</i>	23
SECTION I. Des originaires.....	25
SECTION II. Des domiciliés.....	31
Effets de la faculté d'option.....	31
CHAPITRE III. — <i>Des incapables</i>	33
SECTION I. Des mineurs.....	33
I. — Enfant né en Alsace-Lorraine d'un père Alsacien-Lorrain.....	47
II. — Enfant né en Alsace-Lorraine d'un père qui n'y était pas né.....	48
III. — Enfant né hors d'Alsace-Lorraine d'un père qui n'y était pas né.....	49
IV. — Enfant né en Alsace-Lorraine d'un père simplement domicilié.....	51
V. — Des femmes mariées.....	52
VI. — Des autres incapables.....	53
CHAPITRE IV. — <i>De la perte de la qualité de Français par les Alsaciens-Lorrains postérieurement à l'annexion</i>	57
I. — La femme est née hors d'Alsace-Lorraine, le mari au contraire est né en Alsace-Lorraine.....	
II. — La femme est née en Alsace-Lorraine, le mari n'y est pas né.....	54
III. — De l'établissement en pays étranger sans esprit de retour.....	65
IV. — Mariage d'une Française avec un étranger.....	66
V. — Service militaire à l'étranger.....	67
VI. — Traité des nègres.....	68
VII. — Français abdiquant sa nationalité.....	68
CHAPITRE V. — <i>Acquisition et recouvrement de la qualité de Français par les Alsaciens-Lorrains</i>	73
I. — Par les majeurs.....	77
II. — Par les femmes mariées.....	91
III. — Par les mineurs.....	94
Moyen de se soustraire à la nationalité allemande.....	103

CHATEAUXROUX. — TYP. ET STÉRÉOTYP. A. MAJESTÉ.
